

DERECHOS FUNDAMENTALES Y RELACIONES LABORALES DE ALTA DIRECCIÓN EN UNA FUNDACIÓN CONSTITUIDA POR UNA ENTIDAD PÚBLICA

(Auto del Tribunal Constitucional 206/1999, de 28 de julio)

RODRIGO MORENO FUENTES

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 206/1999, DE 28 DE JULIO: A) *Antecedentes*. B) *La demanda de amparo*. C) *La decisión del Tribunal Constitucional*.—III. LOS ELEMENTOS DEL AUTO: CONTRATO DE ALTA DIRECCIÓN Y FUNDACIONES CONSTITUIDAS POR ENTIDADES PÚBLICAS: A) *El contrato de alta dirección y los límites constitucionales a su extinción por voluntad del empresario*: a) *Introducción*. b) *El contrato de alta dirección como relación laboral especial basada en la confianza*. c) *El desistimiento del empresario como causa de extinción del contrato*. d) *Límites al desistimiento empresarial: el respeto a los derechos constitucionales*. e) *Recapitulación*. B) *Las fundaciones constituidas por entidades públicas*: a) *La aparición de las fundaciones constituidas por entidades públicas y su regulación*. b) *La diversidad tipológica de las fundaciones creadas por entidades públicas*. c) *La Fundación del Teatro Lírico como «fundación de iniciativa pública» sometida al Derecho privado*.—IV. CONSIDERACIONES CRÍTICAS: A) *La identificación fundación privada de iniciativa pública-Ente público*. B) *La identificación alto directivo-alto cargo*. C) *Consideraciones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

¿Sería posible, o siquiera planteable, en el marco de nuestro Derecho, que el Fiscal General determinara su vinculación con el Estado a través de un contrato de alta dirección? ¿Podría ser admitida la reclamación por parte de un Ministro, una vez producido su cese, de una cuantiosa indemnización pactada en un contrato del mismo tipo? Aunque supuestos de la misma clase de los expuestos están empezando a producirse en otros ordenamientos, se antoja muy difícil que en el nuestro puedan actualmente existir. Pero lo que parece un caso extremo deja de presentar tal carácter cuando la mirada se aleja de los estratos principales del Gobierno, y se acude a la misma Administración central, o a sus organismos autónomos, o a los entes públicos y sociedades mercantiles cuyo

régimen de personal se sujeta al Derecho privado. En este sentido, la aparición de los llamados «contratos blindados» en el ámbito de la Administración General del Estado y de la Administración institucional es desde hace tiempo una realidad (1). A esa realidad se refieren, precisamente los hechos que dan lugar al Auto del Tribunal Constitucional núm. 206, de 28 de julio de 1999, el cual constituye el objeto de este comentario.

La decisión del Tribunal Constitucional presenta la singular característica de afectar a varias de las materias de más actualidad en nuestro Derecho Administrativo. En efecto, no sólo los problemas derivados de la celebración de contratos de alta dirección con personas que desempeñan una función relevante en entes que ya estén sometidos al Derecho privado o al Derecho Administrativo en su régimen de funcionamiento y en lo referente a su personal, desempeñan funciones de carácter marcadamente público, sino también la actualísima materia de las Fundaciones privadas de iniciativa pública, creadas, como es conocido, a partir de la Ley 30/1994 de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General y, en general, la tensión entre la exigencia de eficacia en la actuación administrativa y las debidas garantías que deben existir en el desarrollo de la misma, lo que ha sido llamado la «huida del Derecho Administrativo».

En una resolución instada por una demanda de amparo, el Tribunal Constitucional, al hilo de las consideraciones sobre la existencia o no de vulneración del derecho alegado por la recurrente, realiza importantes afirmaciones sobre las materias antes mencionadas, siguiendo una línea de decisión que puede resultar fundamental en su tratamiento y solución de ser consolidada en el futuro. La consideración por el ATC 206/1999 de la Fundación de iniciativa pública en examen como un verdadero Ente público, y de la relación que unía a la recurrente con aquella, determinada por un contrato de alta dirección, como equivalente a la que une a los altos cargos o funcionarios eventuales con la Administración, avalan esta última afirmación.

II. EL AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 206/1999, DE 28 DE JULIO

A) *Antecedentes*

Los hechos de los que trae causa la decisión del Tribunal Constitucional se remontan al mes de enero de 1996, momento en el cual la recurrente, doña

(1) Ver los datos que se exponen en S. DEL SAZ: *Contrato laboral y función pública*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 134, referidos al año 1993.

Elena Salgado Méndez firma un contrato de alta dirección con la Fundación del Teatro Lírico para ocupar el puesto de Directora General en dicha institución. El Teatro Lírico, antes integrado en el Ministerio de Educación y Cultura, se había constituido como Fundación al amparo de la Ley 30/1994 ya mencionada, a iniciativa del Estado y la Comunidad Autónoma de Madrid.

En el mismo año, y a causa de las elecciones generales celebradas el 3 de marzo, se produce un cambio en el Gobierno de la Nación, y el nuevo Secretario de Estado de Cultura solicita a la Sra. Salgado y a varios de los patronos de la Fundación nombrados por el anterior Gobierno que dimitan de su puesto. Dichas dimisiones se hacen efectivas salvo en el caso de la recurrente, la cual, sin embargo, se ve afectada por la posterior e inmediata modificación de los Estatutos de la Fundación, a iniciativa del Ministerio de Educación y Cultura, por la que se suprime el puesto que hasta ese momento ocupaba, quedando sin efecto su contrato desde el 9 de julio de 1996.

Tras un intento de conciliación, la recurrente acude ante la jurisdicción laboral con motivo de lo que ella estimaba como despido lesivo de derechos fundamentales, argumentando en la demanda que dicho despido no se había producido conforme a los cauces que el Real Decreto 1.382/1985, de 1 de agosto, regulador de la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, estipula en el supuesto de desistimiento empresarial (art. 11 de dicha norma). Afirma en cambio que el mismo se había realizado en fraude de Ley, a través de una modificación estatutaria que operaba la supresión de su cargo, y que encubría una vulneración de su derecho a la libertad ideológica, reconocido en el art. 16 de la Constitución.

El Juzgado de lo Social núm. 12 de Madrid desestima, en sentencia dictada el 14 de noviembre de 1996, la demanda de la Sra. Salgado, al negar en primer lugar que se hubiera producido fraude de Ley, entendiendo en este sentido que no había existido despido alguno, sino simple supresión del puesto, y en segundo lugar que, aun admitiendo la existencia del despido alegado por la Sra. Salgado, el mismo quedaría enteramente cubierto por la facultad que otorga el art. 11 del Real Decreto antes mencionado al empresario para desistir en cualquier momento, sin necesidad de causa justificada, del vínculo que le liga al alto cargo. La justificación que da el órgano jurisdiccional para fundamentar esta última afirmación es la de que la relación de confianza que une a la Administración con sus altos cargos es equivalente a la que existe entre el empresario y el alto directivo.

La Sra. Salgado interpone entonces recurso de suplicación contra la decisión del Juzgado de lo Social ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el cual, en su decisión de 22 de octubre de 1997, desestima igualmente la pretensión de la recurrente, reiterando los argumentos conteni-

dos en la sentencia recurrida. Ante esta decisión, la Sra. Salgado interpone a su vez recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que es inadmitido por medio de Auto fechado el 30 de abril de 1998.

Agotada la vía jurisdiccional la recurrente decide acudir ante el Tribunal Constitucional, demandando su amparo, mediante escrito de 26 de junio de 1998, contra las sentencias ya mencionadas.

B) *La demanda de amparo*

La recurrente reitera en su escrito las razones expuestas en los recursos precedentes y fundamenta el amparo en la vulneración de su derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16 de la Constitución) y al acceso en condiciones de igualdad a cargos públicos (art. 23.2 de la Constitución), afirmando que su cese fue fruto de motivos exclusivamente políticos. En este sentido, entiende la Sra. Salgado que a pesar de que la regulación del contrato que la unía a la Fundación Teatro Lírico (un contrato de alta dirección, como ya hemos mencionado) permite el libre desistimiento por parte del empresario sin necesidad de causa justificada, dicha posibilidad se basa en el elemento de confianza que constituye la esencia de tal relación laboral. Sin embargo, según el criterio de la recurrente, esa confianza no puede ser entendida como confianza política, sino exclusivamente como confianza de orden técnico o profesional, de la cual la recurrente alegaba dar sobrada acreditación en el escrito de demanda, al menos en lo que a su gestión al frente del Teatro Lírico se refiere.

De este modo la Sra. Salgado negaba la equiparación realizada por las dos sentencias recurridas entre la relación laboral de alta dirección y la situación de los funcionarios eventuales o nombrados por libre designación, sometidos a la confianza política de quien los nombró y, por ello, sujetos a libre cese. En tal sentido, al haber sido la causa de su cese, a su juicio, la concurrencia de motivos políticos o ideológicos, estimaba que se había producido un despido nulo por lesionar su derecho fundamental a la libertad ideológica.

El escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal admitía en parte las razones expuestas por la Sra. Salgado, estimando en primer lugar la existencia de un fraude de Ley en el proceder del Patronato de la Fundación al suprimir el puesto de la recurrente, lo que en realidad encubría su despido, y en segundo lugar la existencia de un límite a la facultad de desistimiento del empresario, cifrada en el respeto de los derechos fundamentales, de modo que cuando la misma supusiera una vulneración de un derecho constitucional, el despido habría de considerarse nulo. Sin embargo, sorprendentemente, el Fiscal entendió que,

conforme al art. 14 Const. tal vulneración de derechos no se ha producido en el caso en examen, puesto que la posibilidad de desistimiento prevista en la relación laboral especial de alta dirección no es discriminatoria respecto de otros trabajadores o grupo de trabajadores. Igualmente negaba la vulneración del art. 23.2 Const., por considerar que los hechos objeto del recurso caen fuera de su ámbito de aplicación.

C) *La decisión del Tribunal Constitucional*

El Tribunal Constitucional, en una resolución breve, como corresponde a la naturaleza del instrumento a través del cual la manifiesta, firmada por los Magistrados Viver Pi-Sunyer, González Campos y Conde Martín de Hijas, niega que haya existido vulneración de los derechos fundamentales contenidos en los arts. 16 y 23.2 de la Constitución, de los que es titular la recurrente, por parte del Patronato de la Fundación del Teatro Lírico y de las dos sentencias posteriores que confirman la actuación de éste. En tal sentido, afirma el Auto que

«El núcleo de la controversia (naturaleza estrictamente técnica o profesional del vínculo laboral de alta dirección que unía a la recurrente con la Fundación, o por el contrario naturaleza de confianza política) fue resuelto en términos que no cabe considerar irrazonables por las dos sentencias impugnadas al asimilar el puesto desempeñado por la recurrente a los altos cargos de la Administración o al personal de libre designación» (FJ. 2.º).

El motivo que aduce el Alto Tribunal para argumentar su decisión, y que constituye el verdadero núcleo del Auto comentado, como luego veremos, no se dirige específicamente hacia el tipo contractual suscrito entre el Patronato de la Fundación del Teatro Lírico y la recurrente, ni al modo en que se había producido la cesación de la actividad laboral de la Sra. Salgado, sino hacia la especial configuración de aquella, lo que determina «ciertas consecuencias para el personal directivo» de tal Fundación. En palabras del propio Tribunal

«Independientemente de si, como afirma la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 12 de Madrid, no hubo despido sino reestructuración del organigrama de la Fundación o de si existió un desistimiento del contrato ajustado a la normativa reguladora de la relación laboral de alta dirección (Real Decreto 1.382/1985), y al margen de si, según sostiene el Ministerio Fiscal, el proceder del Patronato al suprimir el puesto encubría o no un despido y por tanto resultó fraudulento, lo cierto es que la peculiar configuración de la Fundación del Teatro Lírico como fundación pública gestora de un teatro público (es decir, una

forma privada de personificación por completo en manos de dos Administraciones Públicas) implica necesariamente ciertas consecuencias para el personal directivo de la misma» (FJ. 2.º).

El punto crítico, como bien se ve, es la justificación por parte del órgano jurisdiccional de las especialidades mencionadas, y que amparan a la Fundación en su contencioso con la recurrente. Tal justificación se encuentra lacónicamente expresada en «la peculiar configuración de la Fundación del Teatro Lírico como fundación pública gestora de un teatro público». El desarrollo que hace el tribunal de la afirmación precedente representa, a mi juicio, la parte más interesante de toda la decisión.

«En efecto, el hecho de tratarse de una relación jurídico laboral especial sometida *a priori* no a la normativa funcionarial sino al Real Decreto 1.382/1985 (y sólo en algunos aspectos al Estatuto de los Trabajadores) no significa que no se le deban aplicar ciertas reglas y principios propios del personal al servicio de las Administraciones Públicas, pues en el presente caso la empresa, si bien formalmente persona jurídico-privada, puede equipararse en realidad a un Ente público con capital y fines también públicos que actúa en el tráfico jurídico utilizando sólo de manera instrumental la veste fundacional. Por ello, el puesto de Directora General de la Fundación Teatro Lírico es uno más de los engranajes de la política cultural y de espectáculos de dos Administraciones (el Estado y la Comunidad Autónoma de Madrid) y, en esa medida, asimilable a los altos cargos o personal eventual de confianza política (previstos con carácter general en el art. 20.2 de la Ley 30/1984)» (FJ. 2.º).

Así pues, el Tribunal Constitucional estima que la virtual equiparación de la Fundación del Teatro Lírico con un Ente público, a pesar de contar aquella con una forma jurídico-privada en su actuación en el tráfico, justifica un especial tratamiento de sus directivos, en concreto la aplicación de «ciertas reglas y principios propios del personal al servicio de las Administraciones Públicas», en este caso, señaladamente, la del libre cese de los altos cargos y los funcionarios de libre designación. En el supuesto en examen la explicación de la equivalencia entre el puesto que ocupaba la Sra. Salgado dentro de la fundación y los últimos citados se encuentra precisamente en la especial relación de confianza que ha de establecerse entre el directivo o cargo alto y el que lo contrata, que caracteriza a ambos. Como dice el Auto

«De hecho la utilización del contrato de alta dirección se explica en este caso por la relación de dependencia y confianza que se establece entre el empresario y el directivo, caracterizada en el art. 1.2 del Real Decreto 1.382/1985 por “ejercitar poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a

los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe dicha titularidad"» (FJ. 2.º).

Por otra parte, la asimilación entre el puesto desempeñado por la recurrente y los altos cargos y personal de libre designación se justifica en la misma decisión, cuando afirma que

« [La Sra. Salgado] como señala el recién citado art. 1.2 del Real Decreto 1.382/1985, ejercía sus competencias sometida a las directrices de política teatral y musical diseñada por el Patronato y cuyo puesto era por consiguiente asimilable, en cuanto al régimen de nombramiento y de cese, a los altos cargos de la Administración o incluso al personal de libre designación» (FJ. 2.º).

Conforme a las premisas adoptadas, decidió el juez constitucional inadmitir la demanda de amparo de la Sra. Salgado, decidiendo que

«... resulta claro que al cesar el alto cargo cuando a su vez cesa la autoridad para la que preste sus servicios y, en cualquier caso, al tener la relación que les une un componente esencial de confianza política personalísima (ambas cosas expresamente previstas en el art. 20.2 de la Ley 39/1984), no sería atendible la alegación de vulneración del derecho a la libertad ideológica (art. 16 Const.) en el supuesto de remoción o —como en el presente caso— de supresión del puesto. Así las cosas, y habida cuenta de la asimilación entre los altos cargos y el puesto que desempeñaba la recurrente, en los hechos de los que deriva la demanda de amparo no cabe estimar que exista discriminación por motivos ideológicos, en la perspectiva seguida en sus alegaciones por el Ministerio Fiscal, ni tampoco atentado contra la libertad ideológica constitucionalmente protegida sino simple y legítimo ejercicio de la potestad de libre cese (o como en realidad sucedió, ejercicio de la potestad autoorganizativa, con la consecuencia de la supresión del puesto que ocupaba la recurrente» (FJ. 3.º).

La negativa del Tribunal Constitucional a la solicitud de amparo de la recurrente se fundamenta en las consideraciones que el mismo hace acerca de dos argumentos bien distintos: el primero es la naturaleza, privada o pública, de la fundación que contrata a la Sra. Salgado, y el segundo se refiere a la especial relación contractual que une a ambas. Cada uno de estos elementos pueden analizarse como partes separadas de la decisión, y a eso, precisamente, dedicaremos los párrafos siguientes.

III. LOS ELEMENTOS DEL AUTO: CONTRATO DE ALTA DIRECCIÓN Y FUNDACIONES CONSTITUIDAS POR ENTIDADES PÚBLICAS

La primera de las consideraciones que ha de abordarse en el análisis del contenido del ATC 206/1999, de 28 de julio, es la de si, con independencia de la configuración efectiva que se atribuya a la Fundación que da empleo a la recurrente, la relación especial que une a ambas permite, en el régimen jurídico particular que se aplica a tal vínculo negocial, ciertas peculiaridades que eviten la calificación de la cancelación del vínculo antes mencionado como lesivo de derechos fundamentales. En segundo lugar, una vez aclarado el anterior aspecto, habrá de establecerse si la consideración de la Fundación como organismo público significa dar una respuesta distinta al interrogante que plantea el Auto, y si esto es así, deberá analizarse con detenimiento tal configuración por parte del Tribunal Constitucional.

A) *El contrato de alta dirección y los límites constitucionales a su extinción por voluntad del empresario*

a) *El contrato de alta dirección como relación laboral especial basada en la confianza*

Parece una cuestión retórica plantearse si la Sra. Salgado es titular o no de un derecho fundamental a la libertad ideológica por el simple hecho de haber firmado un contrato de alta dirección. Sin embargo, el examen breve de esta especial figura contractual puede ayudar a comprender mejor el desarrollo de la argumentación del Tribunal Constitucional en este punto.

Se ha dicho que el contrato de alta dirección es uno de los más atractivos de nuestro ordenamiento, interés que deriva seguramente de su especial ubicación jurídica, a mitad de camino entre el Derecho del trabajo y el Derecho civil (2). Lo cierto es que ese interés viene avalado por la extensa atención doctrinal que se ha vertido desde su aparición hacia los diferentes aspectos que presenta tal fórmula negocial (3). Sin embargo aquí sólo haremos una sucinta explicación de sus elementos generales.

(2) La cita proviene de C. MOLERO MANGLANO: *El contrato de alta dirección*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 23.

(3) Vid., además del libro de Molero Manglano ya citado, y los de M. IGLESIAS CABERO: *Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección: Real Decreto 1.382/1985*, Ed. Civitas, Madrid, 1994; T. DE SALA FRANCO: *La relación laboral de los altos cargos directi-*

El Estatuto de los Trabajadores incluye en su art. 2.1, apartado a), entre las relaciones laborales de carácter especial «la del personal de alta dirección no incluido en el art. 1.3.c)» (4), estableciéndose en la disposición adicional primera de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, el plazo máximo de doce meses contados a partir de la entrada en vigor de la mencionada Ley, para regular el régimen jurídico de las relaciones laborales de carácter especial previstas en el Estatuto. En ejecución de esta disposición, el Gobierno aprobó el Real Decreto 1.382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

vos, Ed. Deusto, Bilbao, 1990, y de C. MARTÍNEZ MORENO: *La extinción del contrato de alta dirección*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; los estudios de M. ALONSO OLEA: «Extinción del contrato de alta dirección por voluntad del empresario», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Ed. Civitas, 1996, págs. 5047-5071; M. ALVAREZ DE LA ROSA: «Extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección», en *Relaciones Laborales*, núm. 23, 1993, págs. 16 y sigs.; J. ALVAREZ MARTÍNEZ y A. DEL VAL TENA: «Retribución e indemnizaciones del personal de alta dirección: perspectiva laboral y tributaria», en *Relaciones Laborales*, núm. 18, 1999, págs. 10-54; R. BODAS MARTÍN: «Régimen de extinción del contrato de alta dirección», en *Reforma laboral, tutela judicial y derechos fundamentales (Estudios en homenaje a Juan Antonio Linares Lorente)*, Ed. CGPI, Madrid, 1999, págs. 163-203; E. BORRAJO DACRUZ: «La nueva regulación de la relación especial del personal de alta dirección», en *Documentación Laboral*, núm. 17, sept./dic. 1985, págs. 13-27, y «El personal de alta dirección en la empresa», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 22, 1985, págs. 157-179; F. DURÁN LÓPEZ: «Informe acerca de la relación laboral especial de alta dirección: el Director general de Caja de Ahorros», en *Relaciones Laborales*, 1986, págs. 826-835; M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ y M. RODRÍGUEZ PIÑERO: «La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1.382/1985», en *Relaciones Laborales*, 1988, págs. 169-229; L. GALLARDO SANDOVAL: «La garantía salarial del personal de alta dirección», en *Estudios de Jurisprudencia*, núm. 11, 1994, págs. 125-136; E. LORENTE y C. AZNAR: *La responsabilidad legal de administradores y directivos de empresas: régimen jurídico del personal de alta dirección*, Ed. LM & A Abogados y Consultores, Zaragoza, 1994; B. PENDAS DÍAZ: «El ámbito subjetivo de la relación laboral especial del personal de Alta Dirección a la luz de la Jurisprudencia», en el monográfico de *Documentación Laboral* ya mencionado, págs. 29-100; M. RODRÍGUEZ PIÑERO: «El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido», en *Relaciones Laborales*, 1986, págs. 144-170; L. E. DE LA VILLA GIL: «Naturaleza jurídica de las indemnizaciones por extinción de los contratos de trabajo del personal de alta dirección», en *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*, Ed. de la Universidad de Santiago de Compostela, 1997, págs. 227-237, y «Los llamados "pactos de blindaje" en la relación especial de alta dirección», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 46, 1997, págs. 459-476.

(4) El art. 1.3.c) excluye del ámbito de aplicación del Estatuto «la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo».

Los elementos definidores de la regulación, que justifican la especialidad de su tratamiento, se encuentran en la amplitud de margen en el pacto entre el empresario y el alto directivo a la hora de fijar los términos del contrato, el régimen especial de las causas de extinción del mismo, que incluye el libre desistimiento del empleador sin necesidad de causa justificada y las bajas indemnizaciones previstas en este caso, y el Derecho supletorio a la regulación establecida que, salvo mención expresa en contrario por parte del Real Decreto, será la legislación civil o mercantil y sus principios generales. Como se dice en el art. 2 de la norma mencionada, el fundamento de la especialidad de la relación laboral en examen «se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe».

Es, en efecto, el elemento de la confianza el que explica todas las particularidades que separan dicho contrato de la reglamentación de las relaciones laborales que se contiene en el Estatuto de los Trabajadores. Porque si bien es cierto que la confianza y la buena fe son principios inspiradores de todos los contratos, y especialmente de los de trabajo, estos elementos se constituyen en piedras basales de la relación laboral de carácter especial. La razón de esa exigencia reforzada de buena fe y confianza recíproca entre las partes se encuentra en la configuración que el Real Decreto hace de la figura del alto directivo a los efectos de limitar su campo de aplicación: así, según el art. 1.2, «se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad» (5). En tal modo, la restrictiva delimitación de la figura del alto directivo provoca que sólo sean considerados tales aquellos que «ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Em-

(5) Sobre la concreción de esta configuración reglamentaria de la figura en la realidad, vid. R. PRADAS MONTILLA: «La relación laboral especial del personal de alta dirección», págs. 104 y sigs., y E. BORRAJO DACRUZ: «La nueva regulación de la relación especial del personal de alta dirección», págs. 20 y sigs., ambos en *Documentación Laboral*, núm. 17, sept./dic. 1985; M. ALONSO OLEA: «Extinción del contrato de alta dirección por voluntad del empresario», *op. cit.*, págs. 5048-5054, donde se hace una distinción entre los diferentes tipos de directivos: administradores y consejeros, altos directivos, y directivos no altos; B. PENDAS DÍAZ: «El ámbito subjetivo de la relación laboral especial del personal de Alta Dirección a la luz de la Jurisprudencia», *op. cit.*, págs. 29 y sigs., donde se enumera un extenso catálogo de cargos, estableciendo, al hilo de las decisiones de los tribunales, si son considerados personal de alta dirección o no.

presa», es decir, en la práctica, el «*alter ego* del empresario» (6), o de un modo más expresivo, «el que *hace* de empresario y, como tal, manda» (7), lo que motiva, por tanto, que haya de contar con la máxima confianza del empresario, pues éste pone en sus manos el futuro de la empresa (8). Esa es la razón de que la entera regulación establecida en el Real Decreto 1.382/1985 esté orientada precisamente a articular esa exigencia primera de recíproca confianza, y lo que justifica sus especialidades respecto de la relación laboral común, señaladamente en lo que respecta a las causas de extinción del contrato. Así lo ha expresado el propio Tribunal Constitucional para negar que tal tratamiento jurídico diferenciado sea discriminatorio, «toda vez que existe una diferencia notoria entre el conjunto del personal que ocupa un cargo de alta dirección dentro de una empresa y que las razones, especialmente el vínculo de necesaria confianza entre el empresario y el trabajador de alta dirección, en que el tratamiento jurídico diferente se funda, presentan una justificación claramente atendible por dirigirse a la protección de bienes jurídicos dignos de tutela» (9).

b) *El desistimiento del empresario como causa de extinción del contrato*

Los artículos 10 y 11 del Real Decreto 1.382/1985 regulan respectivamente la extinción del contrato por voluntad del directivo y por voluntad del empresario. Es este último, el llamado «desistimiento empresarial» el que ha sido señalado como elemento más innovador de la regulación introducida (10). Conforme al precepto mencionado, el empresario podrá poner fin al contrato de trabajo del alto directivo sin necesidad de causa justificada, simplemente

(6) Cfr. E. BORRAJO DACRUZ: «La nueva regulación de la relación especial del personal de alta dirección», *op. cit.*, pág. 20.

(7) Cfr. M. ALONSO OLEA: «Extinción del contrato de alta dirección por voluntad del empresario», *op. cit.*, pág. 5052.

(8) Vid. R. BODAS MARTÍN: «Régimen de extinción del contrato de alta dirección», *op. cit.*, pág. 175: «la confianza es el basamento fundamental de cualquier contrato de trabajo, reforzándose en el contrato de alta dirección, por cuanto al alto directivo se le encomiendan funciones relativas a la titularidad jurídica de la empresa y a los objetivos generales de la misma, que habrá de ejercer con autonomía y responsabilidad, de modo que su vinculación personal con la empresa ha de ser muy superior a la de cualquier otro trabajador, por cuanto del resultado de su gestión dependerá el porvenir empresarial».

(9) Sentencias 49/1983, de 1 de junio, y 26/1984, de 24 de febrero; también STC 103/1990.

(10) Vid. R. BODAS MARTÍN: «Régimen de extinción del contrato de alta dirección», *op. cit.*, pág. 175; vid. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA: *El desistimiento del empresario en el contrato de alto directivo: Fundamentación y límites*, *op. cit.*, pág. 1.; M. ALONSO OLEA: «Extinción del contrato de alta dirección por voluntad del empresario», pág. 5058.

por la pérdida de confianza en éste, no teniendo más exigencia que la de notificárselo por escrito, cumpliendo el plazo de preaviso establecido, y abonando las indemnizaciones correspondientes» (11). Así, el desistimiento del empresario produce la extinción instantánea de la relación laboral, sin que la misma pueda en principio calificarse de despido (12).

c) *Límites al desistimiento empresarial: el respeto a los derechos constitucionales*

La ausencia de causa justificada que motive el desistimiento empresarial se explica por la pérdida de la confianza del empleador, pero evidentemente ello no implica que esa causa no exista, simplemente se establece que el motivo íntimo que da lugar al desistimiento no es jurídicamente relevante, basta con que desencadene el escepticismo del empresario sobre la capacidad del alto cargo

(11) M. ALONSO OLEA en «Extinción del contrato de alta dirección por voluntad del empresario», *op. cit.*, pág. 5059, de acuerdo con los requisitos mencionados, califica el desistimiento empresarial como «resolución unilateral, formal, preavisada y no causal».

(12) De hecho, las explicaciones del empresario sobre los motivos que le llevan a prescindir del alto directivo puede llevar a la sospecha de que se está cometiendo fraude de ley, al encubrir un verdadero despido sin aportar pruebas que lo justifiquen. Así, por ejemplo, lo establece la STS de 25 de septiembre de 1989, RA. 6978, donde se dice que «la comunicación del desistimiento del contrato por parte del empresario no se limita a señalar la pérdida de confianza por la empresa en el actor, sino que viene a explicar las circunstancias que motivan tal pérdida de confianza; y por tanto, lo que se pretende es despedir al alto directivo con imputaciones de graves y culpables incumplimientos eludiendo la prueba de los mismos, resultando claro que nos hallamos ante un acto en fraude de ley (art. 6 del Cc.) al ampararse la empresa en norma inadecuada» (vid. C. MOLERO MANGLANO: *El contrato de alta dirección*, *op. cit.*, pág. 397). En tal supuesto, el despido que se encubre habrá de ser declarado improcedente. Esto es así desde la aprobación de la Ley 11/1995, incorporada al Estatuto de los Trabajadores, puesto que a partir de tal fecha la falta o deficiencia de la forma del despido no determina su nulidad, sino su improcedencia. En la fecha de la sentencia, la decisión del tribunal habría debido ser la de calificar el despido como nulo: Vid. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA: *El desistimiento del empresario en el contrato de alto directivo: Fundamentación y límites*, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1994, pág. 53.

La delimitación entre despido y desistimiento empresarial es una de las cuestiones problemáticas que presenta esta causa de extinción de la relación laboral especial de alta dirección. La diferencia más relevante entre ambas figuras estriba en que el primero no requiere alegación ni prueba de la causa que lo justifique, aunque en la práctica resulte muy complicado distinguir uno de otro, en tanto que las causas que justifican el despido provocan en todo caso la pérdida de la confianza del empresario. En este sentido, vid. C. MARTÍNEZ MORENO: *La relación de trabajo especial de alta dirección*, *op. cit.*, págs. 22-27, y C. MOLERO MANGLANO: *La extinción del contrato de alta dirección*, *op. cit.*, pág. 398.

de desempeñar la función que le ha encomendado (13). Sin embargo, la facultad del empresario de resolver el contrato no es libérrima, y existen determinados supuestos donde la causa subjetiva que motiva la cesación del vínculo comercial sí adquiere relevancia y el carácter no causal del desestimiento se convierte en causal: cuando tal cesación conlleva una vulneración de los derechos y libertades constitucionales del alto cargo (14).

Los límites constitucionales al desistimiento encuentran un fundamento jurídico reforzado en el art. 2.2 del Estatuto de los Trabajadores, cuando afirma que la regulación de todas las relaciones laborales especiales respetará los derechos básicos reconocidos en la Constitución, concretando la doctrina esta previsión en aquellos supuestos en los que el ejercicio de la facultad resolutoria del contrato implica una medida discriminatoria del directivo o atenta contra sus derechos fundamentales (15). Ambos casos, sin embargo, presentan problemas en su aplicación efectiva, lo que hace difícil que se puedan establecer reglas con carácter general. Por lo que se refiere a la existencia de discriminación, el mayor obstáculo es alegarla respecto de una situación que en el ámbito concreto de la empresa es, de por sí, singular (16). En cuanto a la vul-

(13) Vid. C. MARTÍNEZ MORENO: *La extinción del contrato de alta dirección*, op. cit., págs. 15-16: «El dato legal de la omisión del carácter causal del desistimiento no implica que no concorra de forma implícita o subyacente una causa de carácter interno (...), que tiene su origen en la alteración de las circunstancias, en la transformación de las cualidades del alto directivo, o, en fin, en la frustración de las expectativas empresariales sobre la consecución de sus intereses productivos y económicos en general y que se había incorporado al contenido obligacional del contrato en virtud de compromisos adquiridos inicialmente. Estas circunstancias provocan el cambio de actitud y de enfoque por parte del empresario. Este último pierde la convicción que había adquirido sobre la conveniencia de depositar su confianza en el directivo».

(14) Vid. M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ y M. RODRÍGUEZ PIÑERO: «La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1.382/1985», op. cit., pág. 27: «la confianza depositada en él [el alto directivo] no puede llevar a privarle de su condición de ciudadano, titular de derechos que la Constitución le concede y puede ejercitar, aunque con los límites derivados de estas peculiares relaciones; de ahí que (...) la confianza del empresario —valor legítimo y digno de protección— cede ante valores superiores, dejando de recibir su absoluta protección legal».

(15) Vid. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA: *El desistimiento del empresario en el contrato de alto directivo: Fundamentación y límites*, op. cit., pág. 11; C. MARTÍNEZ MORENO: *La extinción del contrato de alta dirección*, op. cit., pág. 16; C. MOLERO MANGLANO: *La extinción del contrato de alta dirección*, op. cit., pág. 398; R. BODAS MARTÍN: «Régimen de extinción del contrato de alta dirección», op. cit., pág. 181: «El desistimiento empresarial deberá respetar necesariamente el principio de no discriminación, así como los restantes derechos fundamentales de los altos cargos, por cuanto la ruptura unilateral de la relación especial, basada en razones de confianza, no puede suprimir totalmente los derechos constitucionales de estos trabajadores, por cuanto dicha actuación vulneraría la Constitución, así como lo dispuesto en el art. 2.2 del Estatuto de los Trabajadores».

(16) Vid. C. MOLERO MANGLANO: *La extinción del contrato de alta dirección*, op. cit., pág. 399: «A nuestro juicio, por razón de la naturaleza de la alta dirección y las situaciones em-

neración del resto de los derechos fundamentales, la dificultad estriba en el elemento de la prueba, que normalmente será complicada, en tanto que supone escarbar en las motivaciones íntimas que han llevado al empresario a resolver el contrato (17).

La consecuencia del ejercicio de la facultad de desistimiento por el empresario en vulneración de los derechos fundamentales del alto directivo es la de calificar dicha resolución contractual bajo la categoría del despido nulo. Así lo exige el art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, el cual, tras su reforma a través de la Ley 11/1994, establece que «será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador». Más problemática, sin embargo, resulta la determinación de los efectos de la calificación del despido, aunque la mayoría de la doctrina coincide en que éstos han de consistir en la readmisión inmediata del alto directivo, con el abono de los salarios de tramitación.

d) *Recapitulación*

Después de la exposición de los elementos más relevantes del contrato de alta dirección, y volviendo al ATC 206/1999 objeto de este comentario, puede advertirse que la argumentación seguida por la recurrente en su escrito de demanda es irreprochable desde un punto de vista jurídico. Así, de acuerdo con lo alegado por la Sra. Salgado, el establecimiento de una relación laboral entre empleado y empleador siguiendo los cauces de la fórmula del contrato de alta dirección no supone para éste la dotación de una cobertura conforme a la cual, basándose en la facultad de libre desistimiento que le otorga la regulación de tal instrumento negocial, pueda, en el ejercicio de tal facultad, vulnerar los derechos fundamentales del directivo, rescindiendo el contrato por motivos o razones que el Derecho no ampara (18). El mayor obstáculo,

presariales reales, difícilmente podrá concurrir discriminación. En efecto, no puede olvidarse que para entender que existe discriminación es preciso que exista un cierto contraste con situaciones similares, y, en este ámbito, lo normal es que o el alto directivo sea único o la empresa cuente con un reducido número de directivos».

(17) *Ibidem.*, pág. 400: «En relación con el derecho a la intimidad, libertad de opinión, etc., debe tenerse en cuenta que deberá contarse con una amplia base probatoria que configure una presunción sólidamente fundada, si bien en la práctica parece muy difícil. La regla general que acabará predominando será la de la libertad de empresa».

(18) En este sentido resulta llamativa la STC 29/2000, de 31 de enero, que plantea un conflicto similar al descrito en el ATC 206/99, en cuanto se refiere a un cargo nombrado por el siste-

pues, a la pretensión de la recurrente, sería el de probar suficientemente que la justificación interna de quien resuelve el vínculo contradice los derechos que le reconoce la Constitución. Esto respecto de la pretendida vulneración del derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16 Const.) de la recurrente, puesto que el otro derecho fundamental alegado, el de acceso en condiciones de igualdad a cargos públicos (23.2), es claro que nada tiene que ver en el conflicto planteado, y de hecho el Auto ni lo menciona en sus consideraciones (19).

El Tribunal Constitucional, sin embargo, determina en su decisión denegar el amparo solicitado por la recurrente. Y no lo hace por considerar insuficiente la base probatoria aportada por la Sra. Salgado, sino por un elemento se localiza fuera de la relación que une al empresario con el alto directivo. Es otra relación, la de la Fundación del Teatro Lírico con el Ministerio de Educación y Cultura y la Comunidad Autónoma de Madrid, la que decide enteramente el sentido de la solución dada por el Alto Tribunal a la controversia.

El vínculo entre la Fundación y las dos Administraciones mencionadas hace referencia a una de las materias más polémicas y de mayor actualidad que se presentan al estudioso del Derecho Administrativo actual: el de las Fundaciones privadas creadas por entidades públicas, figura que nace en nuestro ordenamiento a raíz de la aprobación de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades

ma de libre designación que es cesado a resultas de su asistencia e intervención en una reunión en contra del Director Gerente del centro sanitario en el que desempeñaba sus servicios, por resolución adoptada por esa misma persona. Dado que la relación de confianza que une al que ha sido nombrado por el sistema de libre designación con la Administración contratante es la misma que vincula al alto directivo con el empresario, pueden resultar de interés las consideraciones que se encuentran en la sentencia citada, las cuales confirman la postura aquí adoptada, esto es, que el ejercicio de la facultad de libre cese (o de libre desistimiento, tanto da) encuentra un límite insuperable en el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Así, se dice que «para los puestos de trabajo de libre designación, la correlativa libertad de cese es una libre facultad que, en el plano de la constitucionalidad, también queda limitada por el respeto de los derechos fundamentales» (FJ. 3.º), y también que «en el ámbito de relaciones de los empleados públicos y la Administración (...), en los casos de puestos de libre designación en los que la facultad de cese juega como consecuencia de la de libre nombramiento, igualmente procede el examen de si aquella se ejercita con el fin de limitar, impedir o coaccionar los derechos fundamentales». Conforme a estas afirmaciones, el Tribunal Constitucional otorga el amparo al recurrente, por considerar vulnerado su derecho fundamental a la libertad de expresión y de reunión.

(19) En realidad, la simple mención del derecho contenido en el art. 23.2 de la Constitución para el presente conflicto causa un cierto estupor, en tanto que se predica de un cargo cuyo nombramiento es discrecional, por lo que se alega una condición que no se cumplió cuando la misma recurrente fue nombrada.

de Interés General. A la descripción de sus elementos más relevantes se dedica el siguiente epígrafe.

B) *Las fundaciones constituidas por entidades públicas*

La Fundación Teatro Lírico es definida por el ATC 206/1999 como «fundación pública gestora de un teatro público». La figura de las fundaciones públicas posee una complejidad creciente debido a varias razones: su reciente aparición, un marco jurídico confuso e insuficiente, y una proliferación de entes del más diverso tipo que toman la forma jurídica de fundación para desarrollar la actividad que les ha sido encomendada. Está lejos de este trabajo, como es lógico, entrar en profundidad en los muy variados temas que se plantean en este ámbito, por ello me limitaré a hacer una descripción muy somera de la regulación de estas figuras.

a) *La aparición de las fundaciones constituidas por entidades públicas y su regulación*

Las fundaciones privadas constituidas por entidades públicas son una novedad en nuestro ordenamiento (20). Tal novedad se produce a raíz de la aprobación de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, que en su art. 6.1 afirma que «podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas», y en el punto 4 del mismo artículo se dice que «las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo con-

(20) Vid. J. L. PIÑAR MAÑAS: «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», en *REDA*, núm. 97, enero/marzo de 1998; del mismo autor «Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión pasando por la demagogia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, enero/febrero de 2000, págs. 73 y sigs.; M. VAQUER CABALLERÍA: *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999; J. L. BERMEJO LATRE: «Las fundaciones privadas de iniciativa pública y la huida del Derecho Administrativo», en *Libro Homenaje al Profesor Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; J. L. BERMEJO LATRE y O. MIR PUIGPELAT en «Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública», *REDA*, núm. 104, octubre/diciembre de 1999, págs. 575 y sigs.; y con carácter general J. L. PIÑAR MAÑAS y A. REAL PÉREZ: *Derecho de fundación y voluntad del fundador*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

trario» (21). Dicha previsión, como se ve, contenía el riesgo implícito de permitir a la Administración emplear la fórmula jurídica de la fundación como personificación a través de la cual desarrollar actividades de carácter público revistiendo sin embargo una veste jurídico privada (22). En este sentido, la habilitación genérica contenida en el art. 6 fue objeto de polémica en algunos autores, que criticaban tanto su indefinición y generalidad (23) como el mismo hecho de producirse (24), al calificarse como un episodio más de la «huida» del Derecho Administrativo. Así, el discurso sobre los límites a la habilitación asumió un papel principal.

La regulación de la Ley 30/1994 de Fundaciones fue seguida, sin embargo, de un particular desarrollo en el ámbito sanitario, a través de la aprobación del Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de

(21) Sobre la existencia de fundaciones creadas por entidades públicas con anterioridad a la Ley de Fundaciones de 1994, vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 7.ª ed., págs. 372 y sigs., y los ejemplos que allí se citan.

(22) Posibilidad que es categóricamente negada por J. L. PIÑAR MAÑAS en «Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión pasando por la demagogia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, enero/febrero de 2000, págs. 73 y sigs.: «lo que la Ley de fundaciones no consiente (ni consiente ni lo pretende) es permitir que las fundaciones creadas por entidades públicas puedan ejercer funciones públicas. Las fundaciones públicas están, hoy por hoy, habilitadas para cumplir fines de interés general, pero no funciones públicas» (pág. 78).

(23) Vid. J. L. PIÑAR MAÑAS: «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», *op. cit.*, donde se plantea si la habilitación contenida en el art. 6 de la citada norma es una habilitación en blanco o necesita de una específica previsión legislativa distinta de aquella: «La constitución de una fundación no es un negocio jurídico cualquiera, sino una decisión de orden organizativo. (...) Tal decisión, cuando se ejerce por una Administración Pública no es un acto de Derecho privado, sino el ejercicio de una potestad pública, la de organización. (...) La habilitación para ejercer esta modalidad —como cualquier otra— de la potestad de organización y para regular la forma de su ejercicio corresponde a la legislación estatutaria de las Administraciones Públicas» (pág. 42). Estos mismos argumentos son reiterados por el citado autor en «Las fundaciones sanitarias...», *op. cit.*, pág. 78.

(24) *Ibidem.*, págs. 41-43, donde se plantea la constitucionalidad de la previsión del art. 6 de la Ley 30/1994 de acuerdo con los arts. 34 y 103 de la norma fundamental. Igualmente L. PAREJO, en el prólogo al libro de M. VAQUER CASALLERÍA: *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, *op. cit.*, más restrictivo que el anterior, establece que «la habilitación genérica contenida en el art. 6.4 de la Ley de Fundaciones de 1994, para su conformidad con el orden constitucional, sólo puede entenderse como expresiva de una previsión del Derecho común “receptora” de las remisiones expresas que a tal posibilidad organizativa hagan las normas administrativas correspondientes, únicas capaces de determinar positivamente la capacidad de las Administraciones públicas. En modo alguno, por tanto, como una habilitación genérica de directa aplicación sobre la base de una potestad organizatoria universal y discrecional reconocida implícitamente al complejo “Gobierno-Administración”» (pág. 17).

gestión del sistema nacional de salud, el cual fue posteriormente sustituido por la correspondiente Ley, la Ley 15/1997, de 25 de abril, que introdujo en el trámite de convalidación algunas modificaciones. Dicha normativa no estaba dedicada en exclusiva a la disposición sobre la concreta figura de la fundación, sino que su objeto se centraba en la flexibilización de las formas de gestión y administración de la sanidad pública, la cual podría llevarse a cabo, según el artículo único del Decreto-Ley mencionado, «mediante cualesquiera entidades admitidas en derecho, así como a través de la constitución de consorcios, *fundaciones*, u otros entes dotados de personalidad jurídica...» (25). La crítica a una cláusula tan amplia como indeterminada fue inmediata (26), de la cual se hizo eco la propia Ley que venía a sustituir al Decreto-Ley, modificando el mismo para reducir y precisar su ámbito. Tal operación, sin embargo, no hizo sino confundir aún más el panorama, en particular cuando, queriendo concretar la forma de personificación de «las entidades admitidas en derecho» que podían desarrollar la gestión del servicio sanitario, se hablaba de «cualquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho» (27). Esta previsión, en contra de la voluntad de la propia norma, significaba excluir en principio a la figura de la fundación del ámbito de aplicación del artículo, dado que las mismas ni tienen naturaleza jurídico-pública (sino jurídico-privada), ni son de titularidad pública (pues, por su propia naturaleza, no tienen titularidad alguna) (28). Sólo a través de una interpretación que en el fondo reconoce la poco depurada técnica normativa del precepto, podía admitirse un sentido adecuado al espíritu de la Ley (29).

(25) El contenido completo del único artículo que contiene el Real Decreto-Ley 19/1996 es el siguiente: «En el ámbito del Sistema Nacional de Salud, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o socio-sanitaria podrá llevarse a cabo directamente, o indirectamente mediante cualesquiera entidades admitidas en derecho creadas por personas o entidades públicas o privadas, así como a través de la creación de consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica, pudiéndose establecer además acuerdos, convenios y fórmulas de gestión integrada o compartida».

(26) Vid. J. L. PIÑAR MAÑAS: «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», *op. cit.*, págs. 57-58.

(27) El texto completo del primer párrafo del único precepto de la Ley es el siguiente (adviértanse las modificaciones respecto del Real Decreto al que sustituye): «En el ámbito del Sistema Nacional de Salud, garantizando y preservando su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho».

(28) Vid. J. L. PIÑAR MAÑAS: «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», *op. cit.*, pág. 59.

(29) El que la Ley estaba pensando en las fundaciones como fórmula de gestión lo acredita su misma Exposición de Motivos, cuando dice que «la presente disposición ampara la gestión a

El siguiente escalón, igualmente referido al ámbito sanitario, fue la creación de la figura de las «fundaciones públicas sanitarias», al hilo de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado de 1998. Así, el art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, dictado en desarrollo de la Ley 14/1997, da un nuevo giro a la tuerca y cancela la tendencia privatizadora de la regulación anterior, introduciendo un marco distinto en el que encuadrar las nuevas entidades que se creen en el ámbito sanitario (30). Esta regulación, bastante más prolija que sus antecesoras, se caracteriza, para lo que nos interesa, por dos elementos: en primer lugar, por el hecho de centrarse exclusivamente en la figura de la fundación, y en segundo lugar, por atribuir a las mismas un carácter indudablemente público. Ello significa en realidad la creación de una figura nueva, distinta de la recogida en el art. 6 de la Ley 30/1994 de Fundaciones, de naturaleza jurídico-pública (31), y que de fundación, seguramente, sólo tiene el nombre (32), la llamada fundación pública sanitaria.

través de entes interpuestos dotados de personalidad jurídica, tales como empresas públicas, consorcios o fundaciones...». La interpretación que salva el espíritu de la norma es la de identificar «titularidad» no con *pertenencia*, sino con *iniciativa*, de modo que el, inciso habría de interpretarse como fijación del ámbito de aplicación del artículo a todas aquellas entidades constituidas por iniciativa pública, tengan naturaleza o titularidad pública o privada, significando por tanto tal previsión sólo la exclusión de las entidades constituidas por iniciativa privada. Esta interpretación puede encontrarse en J. L. BERMEJO LATRE y O. MIR PUIGELAT: «Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública», *op. cit.*, pág. 578. Sin embargo, los anteriores argumentos no son suficientes para contradecir el claro dictado del precepto. Así, J. L. PIÑAR MAÑAS: «Las Fundaciones sanitarias...», *op. cit.*, pág. 81 afirma que «con el artículo único de la Ley 15/1997 en la mano no debe ser posible atribuir a fundaciones (de la Ley 30/1994) la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria en el ámbito del Servicio Nacional de Salud».

(30) Sobre la pretendida inconstitucionalidad de este precepto, vid. J. L. PIÑAR MAÑAS: «Fundaciones sanitarias...», *op. cit.*, pág. 83.

(31) Lo cual es incontestable desde el momento en que se establece como su régimen supletorio no el de la Ley 30/1994 mencionada, sino lo dispuesto en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) para las entidades públicas empresariales.

(32) Vid. las críticas en este sentido de M. VAQUER CASALLERÍA: *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, *op. cit.*, págs. 53 y 56, donde además se encuentra un extenso análisis sobre la nueva figura creada. Igualmente, J. L. PIÑAR MAÑAS: «Las Fundaciones sanitarias...», *op. cit.*, pág. 84, se muestra crítico con la terminología empleada: «llama también la atención el hecho de que al regular las nuevas “fundaciones públicas sanitarias” se califique como tales a instituciones que en realidad son entidades públicas de naturaleza jurídica semejante a la de las entidades públicas empresariales que regula la Ley 6/1997, de 14 de abril», afirmando después que «el mantener la terminología de “fundación” se debe sin duda a la obcecación que desde el Ministerio de Sanidad se tiene por la figura».

El siguiente episodio se produce en la Ley de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado del año 2000, que en su art. 36.5 procede a incorporar al apartado 3 del art. 123 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (Real Decreto Legislativo 1.091/1988, de 23 de septiembre) la previsión de qué se entiende por fundación pública, con la intención de introducir un poco de claridad en la materia (33).

La última expresión de este convulso discurso regulador se encuentra en la aprobación del Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD, dictado en desarrollo de la Ley 15/1997 y del art. 111 de la Ley 50/1998. El mismo tiene la intención de dar contenido en una única regulación al régimen jurídico y de funcionamiento de todas las nuevas figuras creadas en el ámbito sanitario desde la Ley 30/1994 de Fundaciones, sean éstas de naturaleza jurídica pública o privada, y cualesquiera que sea su forma (34). Su extenso articulado busca así acabar con el carácter disperso y heterogéneo que ha caracterizado toda la regulación del fenómeno hasta el momento, y a pesar de su reciente aparición, ya es objeto de dura crítica (35).

El régimen descrito, sea el introducido por la Ley de Fundaciones, sea el referido al Sistema Nacional de Salud, hace alusión a la legislación de ámbito estatal. También en el ámbito autonómico se ha desarrollado de modo coetáneo una tendencia a la regulación de estas nuevas figuras, quedando en manos de las Comunidades Autónomas la precisión de la general habilitación del art. 6 de la Ley de Fundaciones, posibilidad que se ha hecho efectiva por muchas de ellas (36), en ocasiones con mayor acierto que en la normativa antes citada.

(33) Dice el citado precepto que «se entenderá que son fundaciones de competencia o titularidad pública o estatal, aquellas en cuya dotación participe mayoritariamente la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos o las demás Entidades del Sector público estatal».

(34) El Real Decreto 29/2000 es de aplicación a los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria gestionados por el INSALUD. La enumeración de las figuras que quedarían englobadas en el Real Decreto 29/2000 se hace en los arts. 2 y 3 del mismo: las fundaciones constituidas conforme a la Ley 30/1994, fundaciones públicas sanitarias, sociedades estatales, consorcios, y en general, cualquier otra entidad de naturaleza o titularidad pública admitida en Derecho.

(35) Vid. J. L. PIÑAR MAÑAS: «Las Fundaciones sanitarias...», *op. cit.*, págs. 85-87, autor que critica precisamente la intención de englobar en una única regulación figuras que a veces nada tienen que ver entre sí y recomienda, si no la derogación, sí una profunda reforma del Real Decreto 29/2000.

(36) Así la Ley gallega 10/1996, de 5 de noviembre, de actuación de entes y empresas participadas en las que tiene participación mayoritaria la Junta de Galicia; Leyes balears 2/1996, de 19 de noviembre, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, y 5/1996, de 18 de diciembre, de diversas medidas tribu-

b) *La diversidad tipológica de las fundaciones creadas por entidades públicas*

Una vez expuesto el régimen general al que se sujeta la nueva figura de las fundaciones constituidas por entidades públicas, ha de precisarse, como se advirtió anteriormente, que no existe una única categoría de fundación, escondiéndose en realidad bajo esa denominación entes que poseen un régimen jurídico diverso, y en ocasiones opuesto.

La distinción principal que cabe hacer entre las diferentes figuras que reciben la denominación de fundación es aquella que diferencia entre las que están sometidas a un régimen jurídico de Derecho privado y las que se rigen por las normas de Derecho público. Entre las primeras se encuentran todas las constituidas bajo la cobertura del art. 6 de la Ley de Fundaciones de 1994 (37) y las creadas en el ámbito del Sistema Sanitario Nacional que tienen su origen en el Real Decreto 10/1996, de 17 de junio, y en la Ley 15/1997, de 15 de abril, que le sustituye (38). Tienen carácter marcadamente público, sin embargo, las «fundaciones públicas sanitarias» creadas a raíz de la aprobación de la Ley 50/1998, y previstas específicamente en el art. 111 de la misma.

La diversidad tipológica de las diferentes fundaciones obliga a distinguir desde un punto de vista terminológico unas de otras. De esta manera, lo más común es emplear el término de «fundación pública» para referirse sólo a aquellas del segundo tipo descrito, esto es, las que tienen el carácter de organismos públicos, y como tales se integran en el esquema de las Administraciones Públicas (39). Para el primer tipo se habla en cambio de «fundación en mano pública» (40), o de «fundación de iniciativa pública» (41).

tarias y administrativas; art. 2 de la Ley aragonesa 12/1998, de 22 de diciembre, de medidas tributarias, financieras y administrativas, y también en Aragón Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local; Ley madrileña 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid; y Ley valenciana, 8/1998, de 9 de diciembre, de fundaciones de la Comunidad Valenciana. Para más información, vid. J. L. BERMEJO LATRE y O. MIR PUIGPELAT en «Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública», *op. cit.*, págs. 585 y sigs.

(37) Vid. J. L. PIÑAR MAÑAS: «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», *op. cit.*, pág. 41.

(38) Vid. M. VAQUER CABALLERÍA: *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, *op. cit.*, pág. 57.

(39) Vid. J. L. BERMEJO LATRE y O. MIR PUIGPELAT: «Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública», *op. cit.*, pág. 581.

(40) Vid. M. VAQUER CABALLERÍA: *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, *op. cit.*, pág. 56.

(41) Vid. J. L. BERMEJO LATRE y O. MIR PUIGPELAT: «Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública», *op. cit.*, pág. 580.

c) *La Fundación del Teatro Lírico como «fundación de iniciativa pública» sometida al Derecho privado*

La Fundación del Teatro Lírico, a la que se refiere el ATC 206/1999, de 28 de julio, es una de las «fundaciones de iniciativa pública» creada conforme a la habilitación contemplada en el art. 6 de la Ley 30/1994 de Fundaciones. El elemento que caracteriza a esta clase de entes, como se ha visto antes, es su sometimiento en bloque y sin mayores precisiones al Derecho privado, lo que hizo que desde un principio fueran vistos como uno más de los fenómenos que conformaban lo que se definía como la «huida del Derecho Administrativo». Tal percepción venía avalada por la parquedad de su regulación, y por la sospecha de que ésta no encubría sino una voluntad de dotar a la actuación administrativa de una fórmula que permitiese eludir los controles que a ella son inherentes (42).

Así pues, el problema de fondo que se plantea en este tipo de fórmulas organizativas es el de determinar, a falta de regulación, la medida en la que le son de aplicación las normas administrativas en tanto que, a pesar de revestir forma privada, desempeñan en muchos casos funciones de indudable carácter público. Este problema se agudiza cuando la fundación en cuestión está constituida en solitario por entidades públicas, como en el caso en examen. Todo ello ha llevado a considerar que, si bien tales entidades no forman parte de las Administraciones Públicas, sí conforman lo que se ha llamado «bloque de lo público» (43), lo cual exige la diferenciación de los aspectos de su régimen en los que es de aplicación el Derecho Administrativo.

En el ATC 206/1999 la labor desempeñada por el Tribunal Constitucional es precisamente la que se acaba de mencionar. Es éste órgano el que procede a determinar, sin más apoyo que su propio juicio, cuándo han de ser aplicadas las normas administrativas en el supuesto en examen, lo cual ha conducido a la percepción de los hechos desde una perspectiva jurídica en todo diferente a cómo se presentaban inicialmente. De este modo, la calificación de la Fundación del Teatro Lírico como «órgano materialmente administrativo» o como «Ente

(42) Así J. L. PIÑAR MAÑAS: «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», *op. cit.*, pág. 48: «Y lo cierto es que mucho nos tememos que las fundaciones puedan ser utilizadas como medio para eludir la rigidez administrativa y el control más riguroso al que están sometidas las Administraciones Públicas». En la propia tramitación de la Ley se manifestó esa misma duda, expresada a través de la enmienda núm. 256 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, que se justificaba, entre otras razones, por la de que «no debe permitirse que las personas jurídicas públicas creen fundaciones privadas para escapar de los controles administrativos del gasto público, creando “cajas especiales”».

(43) *Ibidem*, pág. 49.

público», en contra de la disciplina que le es aplicable, tiene «ciertas consecuencias para el personal directivo de la misma», consecuencias que consisten en la aplicación de las normas de función pública a éste, a pesar de que el vínculo que une al directivo con la Fundación sea un contrato de alta dirección, sometido a la regulación mercantil. A partir de la premisa inicial, el carácter público de la Fundación, el resto de piezas van cayendo al campo administrativo, como si fuera un juego de dominó, y sin importar que formalmente sea el Derecho privado el llamado a regularlas. En esta operación arriesgada, el Tribunal Constitucional entra de lleno en el campo de la «huida», nada menos que a través de un Auto y en un conflicto de derechos fundamentales, lo cual acrecienta la singularidad de la decisión que comentamos.

IV. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Después de la descripción de los dos ámbitos en los que se inscriben los hechos que dan lugar a la decisión del Tribunal Constitucional, podemos advertir cómo el tema de la «huida del Derecho Administrativo» es el que actúa de telón de fondo de toda la argumentación. Esta es la *ratio* última de la resolución. Viene a decir el Alto Tribunal que no se trata de una controversia que pueda incluirse en el campo de la *drittwirkung*, de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, ni siquiera se trata de una materia de derechos fundamentales, es simplemente un tema de eficacia de las normas administrativas en un ámbito en principio sujeto al Derecho privado. Así, la tarea del Tribunal Constitucional en este Auto, consiste en «levantar el velo» (44) de lo privado para descubrir los elementos de Derecho público, labor que se realiza en dos direcciones.

(44) La noción del «levantamiento del velo», como es de sobra conocido, corresponde al campo del Derecho Mercantil, y viene referida al conjunto de problemas derivados de la elusión de la responsabilidad en que han podido incurrir los administradores societarios a través de la imputación de la misma a la sociedad como persona jurídica. Así, el velo que se levanta es el de la personalidad jurídica, para llegar a las personas físicas que se parapetan tras la adopción de la forma societaria como modo de eludir su responsabilidad. El uso que aquí se hace del concepto mencionado poco o nada tiene que ver con el original, sin embargo, puede resultar descriptivo de otra situación cuya razón última es también la de utilizar una determinada forma (de Derecho privado) para evadirse de la aplicación de un conjunto de normas (de Derecho público), cuyo contenido puede resultar más gravoso.

A) *La identificación fundación privada de iniciativa pública-Ente público*

El elemento principal de toda la decisión se encuentra en la consideración de la Fundación del Teatro Lírico, fundación constituida por dos Administraciones, y en principio sujeta a un régimen jurídico-privado, como órgano materialmente administrativo, en razón de las especiales funciones que realiza. Ello es anunciado al principio de la decisión, cuando afirma que

«la peculiar configuración de la Fundación del Teatro Lírico como fundación pública gestora de un teatro público (es decir, una forma privada de personificación por completo en manos de dos Administraciones Públicas) implica necesariamente ciertas consecuencias para el personal directivo de la misma» (FJ. 2.º).

y confirmado explícitamente después, al decir que

«en el presente caso la empresa, si bien formalmente persona jurídico-privada, puede equipararse en realidad a un Ente público con capital y fines también públicos que actúa en el tráfico jurídico utilizando sólo de manera instrumental la veste fundacional» (FJ. 2.º).

Esta identificación se realiza sin mayores explicaciones, y provoca que la relación entre la Fundación y el alto directivo quede cubierta por un tinte nuevo, el de las normas administrativas aplicables a los altos cargos de la Administración, y que, por consiguiente, la posible discriminación por motivos políticos quedase englobada simplemente en la facultad de libre cese del cargo de confianza, en manos de la Administración.

Las menciones al contenido del ATC 206/1999 antes reproducidas son las únicas que se encuentran en él para justificar la identificación de la Fundación en cuestión como órgano administrativo. Sin embargo, la equiparación entre una fundación privada de iniciativa pública con un Ente público implica, como dijimos antes, una operación difícil, en la que se deben identificar los aspectos que necesariamente deben regirse por las normas de Derecho público, lo cual debe ser acompañado de una motivación suficiente, en tanto que ello se contradice con la previsión del régimen jurídico aplicable que en principio se establece por la Ley para esta clase de entes. Porque al tratarse el Teatro Lírico de una fundación constituida al amparo de la Ley 30/1994, su carácter privado está especialmente remarcado. Por ello, el carácter público de la misma hace plantear dudas de no poca importancia: ¿Son todas las fundaciones constituidas al amparo del art. 6 de la Ley 30/1994 de Fundaciones organismos públicos? ¿Lo son sólo las que han sido formadas en exclusiva por una o más Ad-

ministraciones Públicas con capital exclusivamente público? Si son Entes públicos ¿su régimen entero ha de sujetarse al Derecho Administrativo, o sólo en lo referente a su personal?, e incluso ¿pueden las fundaciones constituidas a partir de la Ley de Fundaciones desempeñar funciones o actividades públicas, tal como afirma el Auto respecto de la Fundación Teatro Lírico?

Tales cuestiones inciden en el punto central de la argumentación, y constituyen sin duda su aspecto más espinoso: el estatuto jurídico de esta nueva clase de entes, a caballo entre lo público y lo privado. A pesar de la parquedad de las consideraciones hechas por el Auto (lo cual es perfectamente comprensible, tratándose de un Auto de inadmisión) el Tribunal Constitucional contesta implícitamente alguno de los interrogantes arriba planteados. En este sentido, la equiparación hecha entre la Fundación del Teatro Lírico con un órgano administrativo no es completa. Esta afirmación tiene gran importancia, puesto que se pronuncia sobre una materia que, como hemos visto antes, dista mucho de ser clara. Así, Piñar Mañas, considera que este tipo de fundaciones no pueden considerarse Entes públicos integrados entre las Administraciones, y en este sentido, niega que puedan desarrollar funciones públicas, sólo actividades que impliquen el cumplimiento de fines de interés general. Sin embargo, establece el mismo autor, dichos entes, a pesar de no encuadrarse entre los órganos administrativos, pueden considerarse, a ciertos efectos, integrantes del «bloque de lo público» (45). Esto es precisamente lo que parece decir el ATC 206/1999. El encuadramiento de la fundación en cuestión en ese «bloque de lo público» determina que no todos sus aspectos organizativos y de funcionamiento queden cubiertos por las normas de Derecho privado, sino que algunos de ellos han de ser publicados. Tal operación la realiza el Tribunal respecto del puesto que ocupaba la recurrente en la fundación, constatando que el elemento público (político en este caso) concurre especialmente cuando afirma que «el puesto de Directora General de la Fundación Teatro Lírico es uno más de los engranajes de la política cultural y de espectáculos de dos Administraciones (el Estado y la Comunidad Autónoma de Madrid)» (FJ. 2.º). El contenido político del vínculo entre la recurrente y la Fundación Teatro Lírico, derivado del peculiar estatuto jurídico de la misma, hace que la relación entre una y otra, en principio sometida a las normas del contrato de alta dirección, cambie completamente y haya de ser analizada bajo otra perspectiva, la de los altos cargos con la Administración.

(45) Vid. J. L. PIÑAR MAÑAS: «Las Fundaciones sanitarias...», *op. cit.*, pág. 79.

B) *La identificación alto directivo-alto cargo*

El segundo paso que da el Tribunal Constitucional en su argumentación, una vez identificada, como premisa necesaria, la Fundación del Teatro Lírico con un Ente público, es justificar la aplicación de la normativa estatutaria de los altos cargos y funcionarios de libre designación al régimen de personal de aquella. En este punto, el Auto es un poco más prolijo.

En efecto, la aplicación del régimen descrito se realiza sólo en referencia al puesto que ocupaba la recurrente en la fundación citada, y en razón de las especiales tareas que el desempeño del mismo implicaba, e igualmente en referencia al ejercicio del derecho fundamental que en el escrito de demanda se estimaba vulnerado. Esta delimitación pretende excluir dos consideraciones implícitas que podrían derivarse de la decisión del Tribunal: la primera, que lo dicho respecto del cargo de la Sra. Salgado pudiera extenderse a otros ámbitos del personal de la misma fundación, y en segundo lugar, que igualmente pudieran entenderse incluidos otros derechos fundamentales distintos del contenido en el art. 16 de la Constitución. Lo establecido en Auto sólo es de aplicación al puesto de Director General de la fundación, y sólo referido al ejercicio de su derecho fundamental a la libertad ideológica (46).

El fundamento para que el Tribunal Constitucional «levante el velo» de lo privado y aplique la normativa administrativa se encuentra en que la relación de confianza que une al empresario con el alto directivo es, en este caso, también de carácter político, equivalente a la que une a la Administración con el alto-cargo (47). Con ello se destruye el principal argumento de la recurrente, esto es, que tal confianza tenía exclusivamente un contenido profesional o técnico. Así, la naturaleza política del vínculo merece especial atención por parte

(46) Vid. en este sentido la STC 29/2000, de 31 de enero, ya citada anteriormente, donde, en un conflicto similar al planteado en el ATC 206/1999, se estima vulnerado el derecho fundamental a la libertad de expresión y reunión del recurrente.

(47) Sobre los contratos de alta dirección en la Administración y su constitucionalidad, vid. S. DEL SAZ: *Contrato laboral y función pública*, op. cit., págs. 133 y sigs.: «desde la perspectiva constitucional la admisión de los contratos blindados en entes públicos y sociedades mercantiles de capital público plantea dificultades desde el momento en que muchos de ellos tienen encomendado el ejercicio de verdaderas funciones públicas, lo que conduce a la cuestión previa de la inconstitucionalidad de la aplicación del derecho privado a actividades que nada tienen de empresariales o industriales (...). Además, desde la responsabilidad política que la Constitución atribuye al Gobierno por el funcionamiento del sector público (art. 97) podría objetarse que ésta se ve impedida por la limitación efectiva de la facultad de dirección que supone el blindaje de los altos cargos de entes y sociedades públicas, blindaje que produciría plenos efectos no sólo frente a futuros gobiernos, sino frente al mismo Gobierno que los ha nombrado y decide revocar la confianza en ellos depositada» (pág. 135).

del Tribunal, cuando afirma que «el puesto de Director General de la Fundación del Teatro Lírico es uno más de los engranajes de la política cultural y de espectáculos de dos Administraciones», o que «dicha persona (...) ejercía sus competencias sometida a las directrices de política teatral y musical diseñada por el Patronato» (FJ. 2.º). La consecuencia de todo ello, y donde el Tribunal Constitucional recoge el hilo inicial de la resolución, es la de que «no sería atendible la alegación de la vulneración del derecho a la libertad ideológica» (FJ. 3.º), por lo que se inadmite la demanda de amparo.

Esta segunda identificación también puede ser objeto de comentario. En efecto, si en la equiparación de la Fundación del Teatro Lírico con un Ente público cabe plantear dudas, éstas se acrecientan cuando la misma se establece entre el alto directivo y el alto cargo. Es posible preguntarse entonces, siguiendo las consideraciones del Tribunal Constitucional, si todo alto directivo de un órgano público o privado que desarrolle funciones públicas ha de ser considerado alto cargo, y como tal, ser sometido a su disciplina estatutaria, o si esta identificación se produce también entre directivos que no hayan determinado su vinculación a través del contrato de alta dirección, y en este caso, en cuáles. Si el elemento de la confianza es el que permite realizar la equiparación, habría de establecerse cuándo concurre el mismo, si concurre sólo en los altos directivos, cuándo ésta es de carácter exclusivamente profesional o cuándo tiene también un contenido político, o si ese carácter político concurre siempre por el hecho de ocupar un puesto relevante o de dirección. Todas estas cuestiones quedan sin respuestas y determinan que, a pesar de la mayor extensión que el Auto dedica al vínculo entre la recurrente y la Fundación, este aspecto quede sumido también en una cierta indefinición.

C) *Consideraciones finales*

El Auto comentado presenta tales peculiaridades, tanto en los hechos que lo provocan como en su mismo contenido, que sólo por ello es merecedor de interés. Pero cabe hacer una lectura adicional, ya apuntada anteriormente: la de que al margen de la singularidad del conflicto presentado al Tribunal Constitucional, y de la brevedad de la respuesta dada por éste, en la operación que el mismo realiza para llegar a la conclusión final se descubre una línea argumental que puede resultar de particular relevancia en el futuro (48). Puesto que al

(48) Vid. R. JIMÉNEZ ASENSIO: «La carrera (político) funcional o el tímido retorno a la figura del “cesante” (Algunas consideraciones críticas sobre la STC 32/2000)», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 4, 2000, págs. 39 y sigs., que considera la línea de

hilo de una decisión singular en materia de amparo, y a través de un instrumento menor, como es el de un Auto, se hacen afirmaciones que pueden resultar premonitorias respecto de conflictos futuros, de mayor envergadura del que sirve en esta ocasión al Tribunal para pronunciarse.

Esta consideración puede ser objeto de diferentes valoraciones, pero a mí me interesa hacer una en particular. El simple hecho de que sea el Tribunal Constitucional el que haya de definirse sobre un tema que en principio queda lejos de la sede de amparo, y que presenta una relevancia que excede el caso en examen, puede ser sólo consecuencia del carácter de «supuesto límite» de los hechos presentados a su juicio. El mismo hecho de que el Constitucional deba pronunciarse sobre estas materias, es consecuencia de la ausencia casi completa de regulación que sirva de solución a esta clase de conflictos. Por ello no cabe exigir que sea aquél el que dé respuesta al conjunto de cuestiones que se plantean en el confuso ámbito de las fundaciones públicas, o en el del empleo de instrumentos contractuales de carácter marcadamente privado en la Administración Pública. Precisamente por esta razón puede hacerse una última crítica al ATC 206/1999: la de haberse quedado a medias, o corto o largo. Como no es el cometido del Tribunal Constitucional dar respuesta a todos los interrogantes que planteábamos en los anteriores apartados, y dada la variedad de enfoques que permitía tomar el conflicto sometido a su consideración, el haber decidido entrar a su análisis y solución por la vía más intrincada y polémica habría exigido, en mi opinión, una mayor motivación y profundidad en su tratamiento, lo cual quizá hubiera hecho preferible que el caso en cuestión hubiera sido resuelto a través de una sentencia, aportando así unos criterios que pueden resultar claves para el tratamiento de la llamada «huida».

La cuestión que entonces se plantea es otra distinta, la de si debe ser en realidad el Tribunal Constitucional el órgano encargado de aportar esos criterios. Así, el instrumento elegido por éste en la solución del conflicto planteado deja clara su voluntad de remarcar que se está resolviendo un caso particular, y no haciendo sistema (49). Por ello no cabe extraer del presente supuesto conclusiones que puedan verse en el tratamiento de problemas futuros, si acaso sólo sirve para desvelar una intención, o una toma de posición que puede hacerse manifiesta en otras decisiones aún por llegar.

decisión seguida en el ATC 206/1999 «una doctrina a mi juicio intachable» (nota 12 en el citado trabajo, pág. 44).

(49) Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el hecho de tomar la decisión del Constitucional la forma de Auto no le priva de la fuerza que otorga el art. 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial a «las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos», fuerza, pues, no sólo atribuible a las sentencias del citado órgano.

La oportunidad, en cambio, de haber resuelto a través de una sentencia hubiera permitido la clarificación de unos criterios, suficientemente motivados que dieran contestación a todas las dudas que antes planteábamos. Sin embargo, esta última consideración debe hacer frente a dos importantes objeciones: la primera, de carácter práctico, se refiere al enorme retraso que está sufriendo el Tribunal Constitucional en la toma de sus decisiones, el cual se hace patente incluso en el conflicto que examinamos, donde el Auto de inadmisión se produce más de un año después de la interposición de la demanda de amparo, con lo que en ocasiones es preferible una resolución rápida, y más en un caso como éste. La segunda objeción es de fondo, y alude al mismo contenido de la decisión: cabe así plantearse si está justificado que el Tribunal Constitucional entre a resolver una cuestión que atañe principalmente a materias de organización administrativa, además de enorme calado, y sólo marginalmente a cuestiones de derechos fundamentales. Quizá esa tarea debiera corresponder al legislador ordinario y a la jurisdicción contencioso-administrativa, y no a quien sólo ha de pronunciarse en materia de amparo. Si el mismo Tribunal reconoce que el conflicto no alude a una cuestión de vulneración de derechos fundamentales, sino a la aplicación de normas administrativas en un ámbito en principio reservado al Derecho privado, entonces, en puridad, no tiene nada que decir, sólo inadmitir.

La solución dada por el ATC 206/1999, sin embargo, rebasa los límites del amparo, y se pronuncia sobre problemas que forman parte del fenómeno de la llamada «huida del Derecho Administrativo». La materia de la elusión de los controles administrativos en actividades de marcado carácter público, a través de la adopción de formas y modos regidos por el Derecho privado es uno de los más actuales y graves problemas con los que ha de enfrentarse un administrativista hoy en día, y en su solución la palabra del Tribunal Constitucional adquiere en todo caso un carácter decisivo, palabra que podría haber empezado a ser articulada, aunque de un modo parco, a partir del Auto del que aquí se da noticia.



CRITICA DE LIBROS

