

Revista digital CEMCI

Número 22: enero a marzo de 2014

ISSN 1989-2470



La Revista digital CEMCI (ISSN 1989-2470) es una publicación periódica trimestral, elaborada por el Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, cuya difusión se realiza de forma electrónica. Con el objeto de facilitar la consulta y descarga de la misma, se ha preparado el presente documento en formato PDF. No obstante, a la versión oficial de la [Revista CEMCI](http://www.cemci.org/revista/) se puede acceder a través de la página web del [CEMCI](http://www.cemci.org/).

SUMARIO:

1.- Editorial

2.- Tribuna

- Aspectos generales de la nueva regulación de la jubilación y de su compatibilidad con el trabajo en el sector público. Carolina Gala Durán.
- Las distintas categorías de empleados públicos locales: singularidades tras la Ley de Racionalización y Sostenibilidad. Alberto Palomar Olmeda
- El recurso de alzada en la administración local. Alberto Pensado Seijás.

3.- Es noticia

- Los Premios CEMCI reconocen la labor de investigadores que hacen más eficiente la administración municipal.
- Informe sobre la ejecución de la reforma de las Administraciones Públicas.
- Las administraciones ajustan el déficit con un aumento de los ingresos en 2013
- Preguntas y respuestas sobre el plan de reforma de la administración pública

4.- Trabajos de evaluación

- La prestación del servicio público en tiempos de crisis. Diana Álvarez González.
- El control interno y externo en las entidades locales. M^a Teresa Fernández Conejo.
- Seguridad jurídica en la revisión de oficio de las licencias urbanísticas. Manuel Pérez Alcalá.

5.- Actualidad jurídica

- Normativa estatal.
- Normativa andaluza.
- Jurisprudencia.

6.- Convocatorias.

7.- Ahora en el CEMCI

8.- Novedades Editoriales CEMCI

- Comentario a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: análisis de la tramitación e informes sobre publicidad activa y acceso a la información pública. Joaquín Meseguer Yebra.

9.- Novedades Bibliográficas.

10.- Ocio: Al sur de Despeñaperros, la andaluza Granada (8^a).

11.- Actualidad Informativa



EDITORIAL

Por tercer año consecutivo, el Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional de la Diputación Provincial de Granada (CEMCi) está acometiendo su Plan General de Acción enmarcado en el Proyecto de Dinamización e Impulso que aprobó su Consejo Rector en 2011 y que abarca hasta el próximo año 2015.

El objetivo principal de ambos, del Proyecto y de los Planes anuales que comprende, no obstante, no viene más que a reforzar la idea que siempre –desde su misma creación– ha concitado todos nuestros esfuerzos, de responsables políticos, a cuyo frente hay que situar lógicamente al presidente de la Corporación Provincial, a los directivos y al conjunto de trabajadores del Centro, que no es otra que la de insuflarle redoblados bríos para que permanezca, y si cabe se agigante, como lugar de excelencia e innovación para el Gobierno y la Administración Local.

En este incesante trabajo de asentamiento y fijación de ideas medulares que nos conduzcan a esos objetivos, y entre la amplia gama de instrumentos y soportes con los que el CEMCi se dota en su quehacer periódico se encuentra la edición de esta revista. Así se viene recogiendo año tras año en los planes generales. Y así seguirá siendo en los próximos porque nos consta por ustedes mismos, como lectores y usuarios la favorable acogida que le vienen dispensando.

La Revista Electrónica del Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (CEMCi), por otra parte, figura también de manera destacada en el “Proyecto Cemci Digital”, entendido éste como referente ineludible para hacer efectiva su filosofía de innovación permanente. Una filosofía que se viene plasmando en mejoras cualitativas que el Centro viene aplicando en el día a día.

Y en este Proyecto, ya casi en su último tramo temporal, son nuestros usuarios de toda índole quienes nos ayudan a consolidar esa imagen de permanente escucha, ofrecimiento y colaboración para satisfacer cuantas demandas y necesidades les vayan surgiendo o nosotros detectemos.

De esta manera alcanzamos la vigésima segunda edición de una fortalecida Revista Electrónica, continente entre otros menos relevantes tal vez, de estudios de investigación en el ámbito local, que ponemos a disposición del público general interesado, como análisis breves de máxima actualidad o inmediata aplicación sobre reformas administrativas o de gestión que afectan a ese nuestro ámbito, el local.

De este número, como en los anteriores, destaca nuestra **Tribuna**, en la que presentamos tres textos elaborados expresamente para sus lectores, lo que siempre es de agradecer ya que suponen un esfuerzo y deferencia de sus autores para con ustedes y para quienes trabajamos en el CEMCI. Sus títulos hacen referencia explícita a sus contenidos: “El recurso de alzada en la Administración Local”; “Aspectos generales de la nueva regulación de la jubilación y de su compatibilidad con el trabajo en el sector público”; y “Las distintas categorías de empleados públicos locales: singularidades tras la Ley de Racionalización y Sostenibilidad”.

Del primer trabajo es autor Alberto PENSADO SEIJAS, Técnico de Administración General del Ayuntamiento de Monforte de Lemos, en el que analiza “la aplicabilidad del denominado recurso de alzada impropio en el ámbito de las Entidades Locales y sus posibles manifestaciones a lo largo de las diferentes materias que inciden en las mismas”. En el trabajo se resalta, según el propio autor, “la excepcionalidad del mismo y la enumeración abierta de los casos que puedan darse en la esfera competencial local”.

Carolina GALA DURÁN, Catedrática acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona, aborda en el segundo trabajo un sumario en el que tienen cabida, entre otros, los siguientes contenidos: Los efectos derivados de la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto; El impacto de sostenibilidad: un nuevo modelo de pensión de jubilación; Las nuevas formas de compatibilizar el trabajo y la pensión de jubilación; y La futura compatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación; junto a unas muy interesantes conclusiones finales que evidencian la importancia de las reformas del pasado 2013 en el marco de la jubilación, siempre con especial incidencia en el sector público.

En tercer lugar, el profesor titular acreditado de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III, de Madrid, Alberto PALOMAR OLMEDA, se sumerge en un profundo estudio de las distintas categorías de empleados públicos locales, abordando aspectos tales como la Ubicación del régimen jurídico del personal en el seno de las líneas generales de la Ley; El Régimen específico del personal al servicio de la Administración Local; El personal laboral y sus modificaciones (definición y contenido del concepto de masa salarial en el ámbito local y prescripciones relativas a los contratos mercantiles y de alta dirección).

Nuestra segunda e importante sección incluye **Trabajos de Evaluación**, que, como conocen nuestros lectores, son elaborados por asistentes a los distintos cursos impartidos por el Centro. Aquí les trasladamos otros tres: “La prestación del servicio público en tiempos de crisis”, cuya autoría corresponde a Diana ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Secretaria Interventora del Ayuntamiento de Alcaucín (Málaga); “El control interno y externo en las entidades locales”, de la Coordinadora General de

Economía y Hacienda del Ayuntamiento de Granada, María Teresa FERNÁNDEZ CONEJO, cuyo trabajo es fruto de la evaluación presentada al Curso avanzado sobre técnicas y procedimientos de auditoría aplicado a las Entidades Locales; y, finalmente, Manuel PÉREZ ALCALÁ, Técnico de la Sección Administrativa de Urbanismo del Ayuntamiento de Almuñécar (Granada) nos habla en su estudio de la Seguridad Jurídica en la revisión de oficio de las licencias urbanísticas; fruto también del trabajo de evaluación presentado al Curso de Especialización en Disciplina Urbanística.

Todos estos trabajos concitan gran interés en la actualidad, así como ponen ante nuestra visión la panorámica más amplia que contemplar podamos en estos momentos de grandes y profundos cambios, como son los que someten en estos tiempos a nuestras administraciones las novedosas y aún poco conocidas nuevas consecuencias de los cambios legislativos y normativos.

Así, pues, con el ánimo de continuar ofreciéndoles lo que el interés de los lectores de la Revista Digital CEMCI, ponemos a su alcance esta nueva edición, en la seguridad de que, también desde ella, nuestra labor como Centro formativo e investigador siga siendo una referencia para quienes, como la mayoría de ustedes trabajan en la Administración Local. Agradecidos, les deseamos fructíferos lectura y aprovechamiento.



ASPECTOS GENERALES DE LA NUEVA REGULACIÓN DE LA JUBILACIÓN Y DE SU COMPATIBILIDAD CON EL TRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO

Carolina GALA DURÁN.

*Catedrática acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Autónoma de Barcelona.*

SUMARIO:

1. Introducción.
2. Los efectos derivados de la entrada en vigor de la LEY 27/2011, de 1 de agosto.
3. El impacto del factor de sostenibilidad: un nuevo modelo de pensión de jubilación.
4. Las nuevas formas de compatibilizar el trabajo y la pensión de jubilación.
 - 4.1. Aspectos generales.
 - 4.2. Las condiciones de aplicación del nuevo mecanismo de compatibilidad entre el trabajo y el cobro de la pensión de jubilación.
 - 4.3. Las otras vías de compatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación.
5. La futura compatibilidad entre el trabajo y la percepción de un plan de pensiones.
6. Conclusiones finales.

1. INTRODUCCIÓN.

El pasado año 2013 trajo consigo importantes reformas en el marco de la jubilación, referidas tanto a los empleados del sector privado como del sector público (personal laboral y funcionarios públicos). Reformas que afectaron tanto a las condiciones de acceso a la pensión de jubilación ordinaria como a las posibilidades de compatibilizar el trabajo y la percepción de la correspondiente pensión, y también se modificó la futura fórmula de cálculo de la cuantía inicial de la pensión mediante la instauración, a partir del año 2019, del denominado “*factor de sostenibilidad*”.

El objetivo de este trabajo es analizar brevemente esos relevantes cambios legales, así como el impacto que los mismos tienen, y van a tener en el futuro, en el caso del personal al servicio de las administraciones locales.

2. LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 27/2011, DE 1 DE AGOSTO.

Siguiendo una técnica legislativa que cabe calificar, como mínimo, de peculiar, por mucho que se haya utilizado con cierta asiduidad en los últimos años, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, entró en vigor –parcialmente suspendida y posteriormente modificada por el Real Decreto-ley 5/2013-, casi dos años después, el 1 de enero de 2013, incorporando reformas trascendentes en el ámbito de la pensión de jubilación, cuyos efectos prácticos, en una parte importante de la población joven y también menos joven del país, es la obtención de una pensión de jubilación ordinaria de una cuantía más baja.

En efecto, la Ley 27/2011 ha comportado cambios en otras modalidades de la jubilación (la jubilación anticipada, la jubilación parcial...), pero éstos resultan de especial calado en el caso de la jubilación ordinaria, ya que pueden comportar, como señalábamos anteriormente, una prestación de importe inferior, ya se provenga del sector privado o del sector público.

En primer lugar, cabe destacar que, tras la Ley 27/2011 en relación con el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, la edad a la que un empleado público (personal laboral o funcionario público) puede jubilarse de forma ordinaria ya no es fija –los 65 años de edad “clásicos”–, sino que pasa a ser variable, dependiendo del año concreto en que dicho empleado se jubila y de los años y meses completos de cotización a la Seguridad Social que haya acumulado hasta ese momento.

Así, en el caso concreto de los funcionarios públicos, si bien –creando, por otra parte, una cierta confusión– en el artículo 69.3 del Estatuto Básico del Empleado Público¹ se sigue señalando que la jubilación forzosa se declarará de oficio al cumplir los 65 años de edad, en el artículo 11 del Real Decreto-ley 20/2012, se establece que la edad de la jubilación forzosa del personal funcionario incluido en el régimen general de la Seguridad Social será, en todo caso, la que prevean las normas reguladoras de dicho régimen para el acceso a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva. Ello implica que, a todos los efectos, resulta de aplicación a los funcionarios públicos incorporados en el régimen general de la Seguridad Social, incluidos lógicamente los de las administraciones locales, lo fijado en el artículo 161.1.a) y en la disposición transitoria 20ª de la Ley General de la Seguridad Social² y, en consecuencia, en el año 2014 se pueden jubilar con 65 años aquellos funcionarios que tengan 35 años y 6 meses o más completos cotizados a la Seguridad Social, y con 65 años y 2 meses aquéllos que no alcancen ese período de cotización. A lo que cabe añadir que el requisito de

¹ En adelante EBEP.

² En adelante LGSS.

cotización exigido y la edad concreta de jubilación en caso de no cumplirlo irán variando, año a año, hasta el año 2027, en que se podrán jubilar con 65 años aquellos funcionarios que hayan cotizado a la Seguridad Social 38 años y 6 meses o más completos (la nueva “*carrera laboral completa*” definida por la Ley 27/2011) y se tendrán que jubilar a los 67 años aquéllos que no los hayan alcanzado. Cabe señalar aquí que, dada la situación actual del mercado de trabajo, cada vez será más difícil alcanzar los 38 años y 6 meses o más completos cotizados a la Seguridad Social, por lo que, en el futuro, resultará cada vez más habitual la edad de jubilación a los 67 años en el sector público.

De este modo, ese régimen transitorio, previsto específicamente en la disposición transitoria 20ª de la LGSS es el siguiente:

Año	Período de cotización	Edad de jubilación ordinaria
2014	35 años y 6 meses o más	65 años
	Menos	65 años y 2 mes
2015	35 años y 9 meses o más	65 años
	Menos	65 años y 3 meses
2016	36 o más años	65 años
	Menos	65 años y 4 meses
2017	36 años y 3 meses o más	65 años
	Menos	65 años y 5 meses
2018	36 años y 6 meses o más	65 años
	Menos	65 años y 6 meses
2019	36 años y 9 meses o más	65 años
	Menos	65 años y 8 meses
2020	37 años o más	65 años
	Menos	65 años y 10 meses
2021	37 años y 3 meses o más	65 años
	Menos	66 años
2022	37 años y 6 meses o más	65 años
	Menos	66 años y 2 meses
	37 años y 9 meses o más	65 años

2023	Menos	66 años y 4 meses
2024	38 o más años	65 años
	Menos	66 años y 6 meses
2025	38 años y 3 meses o más	65 años
	Menos	66 años y 8 meses
2026	38 años y 3 meses o más	65 años
	Menos	66 años y 10 meses
2027	38 años y 6 meses o más	65 años
	Menos	67 años

Por otra parte, en relación con el personal laboral de las administraciones locales, resulta de aplicación directa lo previsto en los, ya citados, artículo 161.1.a) y disposición transitoria 20ª de la LGSS, al estar incluidos también en el régimen general de la Seguridad Social, y, por consiguiente, se le aplica, en los mismos términos y condiciones, lo ya señalado respecto al personal funcionario.

Sin embargo, a pesar de esa igualdad de trato entre el personal funcionario y el personal laboral de las administraciones locales a la hora de determinar la edad en que es posible acceder a la jubilación ordinaria, existe una importante diferencia en el marco de la obligatoriedad o no de jubilarse en el momento de cumplir esa edad. En efecto, como hemos visto, en el caso de los funcionarios públicos el artículo 69.3 del EBEP deja claro que cuando el funcionario cumple la edad prevista legalmente –y cumple los requisitos mínimos para poder acceder a ella³–, la jubilación se produce de oficio y, por consiguiente, de una forma forzosa.

En cambio, la situación es muy distinta en el marco del personal laboral por cuanto la Ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma del mercado laboral, modificó la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores y, en consecuencia, actualmente no es posible incluir en los convenios colectivos del personal laboral cláusulas de jubilación forzosa, esto es, cláusulas en virtud de las cuales se obligue a dicho personal a jubilarse forzosamente en el momento de cumplir la edad de jubilación ordinaria.

En segundo lugar, la Ley 27/2011 también ha modificado la fórmula de cálculo de la base reguladora, pasando de calcularse –de forma progresiva– teniendo en cuenta los últimos 15 años cotizados a la Seguridad Social a calcularse sobre los últimos 25 años cotizados. Se incrementa, en consecuencia, el número de años cotizados a computar, si bien, como señalábamos, en esta cuestión también se ha recogido un

³ Es decir, tener cotizados 15 años, como mínimo, a la Seguridad Social.

régimen transitorio que hace que, durante el año 2014, ese cálculo se lleve a cabo sobre los últimos 17 años cotizados por el correspondiente empleado público (funcionario público o personal laboral), incrementándose un año de forma anual, hasta alcanzar los 25 años mencionados el día 1 de enero de 2022. Así, en este caso el régimen transitorio aplicable a todo el personal de las administraciones locales es el siguiente (disposición transitoria 5ª de la LGSS):

1 de enero de 2014	BC ⁴ 204 meses/238 (17 años)
1 de enero de 2015	BC 216 meses/252 (18 años)
1 de enero de 2016	BC 228 meses/266 (19 años)
1 de enero de 2017	BC 240 meses/280 (20 años)
1 de enero de 2018	BC 252 meses/294 (21 años)
1 de enero de 2019	BC 264 meses/308 (22 años)
1 de enero de 2020	BC 276 meses/322 (23 años)
1 de enero de 2021	BC 288 meses/336 (24 años)
1 de enero de 2022	BC 300 meses/350 (25 años)

Obviamente, en este segundo ámbito la pregunta que surge es la siguiente: ¿qué incidencia tiene pasar de computar 15 años a 25 años a la hora de calcular la correspondiente pensión de jubilación? La respuesta es la siguiente: en la gran mayoría de los supuestos este cambio legal supone una cuantía de pensión menor ya que al computarse más años se incluyen en la base reguladora años en los que las bases de cotización eran más bajas (al ser también las retribuciones más bajas). En otras palabras, entre más años se tienen en cuenta a la hora de conformar la correspondiente base reguladora más baja es la cuantía de la pensión ya que se suman bases de cotización más bajas. La excepción serían aquellas personas –presentes con más frecuencia en el sector privado que en el sector público- a las que dicha ampliación de la base reguladora les permite computar períodos en los que sus bases de cotización eran más altas (por ejemplo, es el caso de los prejubilados, que en los años previos al acceso a la pensión de jubilación cuentan con bases de cotización más bajas en comparación con los años en que se encontraban trabajando).

En fin, en torno al cálculo de la base reguladora también cabe señalar que se ha modificado la forma de integrar las lagunas de cotización⁵, instaurando un régimen más desfavorable para el futuro pensionista. Así, cuando, dentro de la correspondiente base reguladora, se produzcan dichas lagunas, los primeros 48 meses se integrarán con la correspondiente base mínima de cotización y los restantes solo con el 50 por 100 de dicha base mínima (con lo que se reducirá el importe de la pensión de jubilación a percibir).

⁴ Suma de las bases de cotización por contingencias comunes de los últimos 204 meses dividida entre 238.

⁵ Definidas como aquellos períodos en que la persona no tenía la obligación de cotizar a la Seguridad Social.

En tercer lugar, la Ley 27/2011 también ha modificado la formulación del porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora, que depende de los años cotizados por el empleado. Aquí la reforma ha sido triple: a) a diferencia de la situación anterior, se homogeniza el valor de cada uno de los años cotizados (antes los primeros años –entre el año 15 y el 25 de cotización- tenían más valor que los posteriores); b) el cómputo del porcentaje se hace ahora por meses y no por años; y, c) se incrementa el número de años que se exigen para que un empleado pueda cobrar el 100 por 100 de la correspondiente base reguladora (que pasan de 35 años a 37 años completos cotizados a la Seguridad Social).

Partiendo de ello, cabe tener presente que en este ámbito también existe un régimen transitorio que finaliza en enero del año 2027 (disposición transitoria 21ª de la LGSS); así partiendo de que los primeros 15 años cotizados implican un porcentaje del 50 por 100 de la pensión se aplica la siguiente tabla de porcentajes:

Años 2013 a 2019	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 163, el 0,21 por 100 y por los 83 meses siguientes, el 0,19 por 100.
Años 2020 a 2022	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 106, el 0,21 por 100 y por los 146 meses siguientes, el 0,19 por 100.
Años 2023 a 2026	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 49, el 0,21 por 100 y por los 209 meses siguientes, el 0,19 por 100.
A partir de 1 de enero de 2027	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 248, el 0,19 por 100 y por los 16 meses siguientes, el 0,18 por 100.

En definitiva, al margen de la complejidad del cálculo, lo más relevante de esta última reforma es que un empleado de una administración local (ya sea personal laboral o funcionario público) requerirá, en el año 2027, de 37 años completos cotizados a la Seguridad Social para poder cobrar el 100 por 100 de la correspondiente pensión de jubilación.

Cabe recordar, no obstante, que, también en el sector público y en concreto en relación con el personal laboral, es posible superar actualmente el 100 por 100 de la correspondiente base reguladora siempre que el empleado decida seguir trabajando más allá la edad de jubilación ordinaria y en ese momento tenga cumplido el período mínimo de cotización de 15 años. En este supuesto –posible en las administraciones locales tras la modificación, antes mencionada, de la disposición adicional 10ª del ET-, se sumará un porcentaje adicional de pensión en función del número de años que continúe trabajando el empleado y los años que éste tuviera cotizados en el momento de alcanzar la edad de jubilación ordinaria. Así: si en ese momento tenía hasta 25 años cotizados, se suma un 2 por 100 por cada año adicional de trabajo; si tenía entre 25 y 37

años cotizados, se suma el 2,75 por 100 por año; y a partir de los 37 años cotizados, se suma un 4 por 100 adicional por año. Por esta vía puede incrementarse, pues, la pensión de jubilación a percibir, pudiéndose superar incluso el importe de la pensión máxima prevista anualmente por la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

En cuarto lugar, cabe destacar que la Ley 27/2011 no ha modificado el período mínimo de cotización exigido para poder acceder a la pensión de jubilación, que sigue situado en los 15 años cotizados completos. Asimismo, si sólo se tienen 15 años cotizados se sigue causando derecho –como antes de la mencionada Ley- al 50 por 100 de la correspondiente base reguladora.

Finalmente, desde una perspectiva global, cabe señalar que las reformas introducidas por la Ley 27/2011 en el marco de la jubilación ordinaria suponen una diferencia en función de la edad y la trayectoria laboral de un empleado de una administración local (ya sea personal laboral o funcionario público). De este modo, aquellos empleados que estén cercanos a la edad de jubilación ordinaria pueden ver afectada su pensión principalmente desde la perspectiva del cálculo de la base reguladora (al incrementarse, como hemos visto, el número de años de bases de cotización que se tienen en cuenta, y ello en el caso de que las bases de los nuevos años incorporados sean más bajas que las posteriores) y, en consecuencia, respecto a la cuantía a percibir. Pero, en la gran mayoría de los supuestos, podrán seguir jubilándose a los 65 años de edad y cobrarán el 100 por 100 de la correspondiente base reguladora (en ambos casos debido a que, en la gran mayoría de los supuestos, acumulan una larga carrera profesional y, en consecuencia, de cotización a la Seguridad Social).

Por el contrario, la situación será diferente para los empleados públicos jóvenes o incluso para los menos jóvenes, ya que deberán conseguir una larga carrera de cotización (38 años y 6 meses o más completos cotizados a partir del año 2027) para poder jubilarse con 65 años (si no los tienen deberán esperar a los 67 años), la base reguladora se les calculará sobre los últimos 25 años cotizados (con los efectos normalmente negativos antes apuntados) y para poder cobrar el 100 por 100 se les exigirán, al menos, 37 años cotizados completos a la Seguridad Social. A lo que cabe añadir el efecto negativo que supondrá la aplicación, a partir del año 2019, del factor de sostenibilidad al que nos referiremos en el siguiente apartado y que nos lleva, junto con los cambios ya mencionados derivados de la Ley 27/2011, a un “nuevo modelo” de pensión de jubilación. En otras palabras, la Ley 27/2011 y el factor de sostenibilidad hacen que la jubilación de la que hasta ahora han disfrutado los empleados de las administraciones locales y de la que disfrutarán aquellos que se jubilen en los próximos 5-10 años sea muy diferente de aquella a la que accederán los empleados más jóvenes o no tan jóvenes pero no cercanos todavía a la edad de jubilación ordinaria.

3. EL IMPACTO DEL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD: UN NUEVO MODELO DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN.

También durante el pasado año 2013, justamente a finales, se aprobó la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social, donde, como su título indica, se recoge el factor de sostenibilidad, de aplicación directa, automática y exclusiva a todas las pensiones de jubilación –tanto del sector privado como público– que se causen a partir del día 1 de enero de 2019. Factor de sostenibilidad que se vincula a la esperanza de vida de los pensionistas a los 67 años y que se irá incrementando con el transcurso de los años.

Factor que, por otra parte, responde a la lógica de garantizar la sostenibilidad financiera de nuestro sistema de pensiones y cuya aplicación, combinada con la incorporación del nuevo índice de revalorización del sistema de pensiones⁶ en la misma Ley 23/2013, implica una reforma aún más incisiva e importante que la recogida en la Ley 27/2011, por cuanto va a implicar, incluso para aquellas personas que cotizan por la base máxima de cotización, una reducción de su pensión de jubilación y, como consecuencia de ello –para aquellos que puedan–, la necesaria búsqueda de soluciones alternativas (como, por ejemplo, la contratación de planes de pensiones o contratos de seguro, el recurso a las fórmulas de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo...). Sobre esta última cuestión volveremos en el último apartado de este trabajo.

El origen de este factor de sostenibilidad se encuentra en la incorporación de la nueva disposición adicional 59^a de la LGSS por obra de la Ley 27/2011, donde se prevé su entrada en vigor a largo plazo, concretamente en el año 2032, si bien, como consecuencia de lo previsto en el artículo 18.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera⁷ y la situación de déficit presente en nuestro sistema de pensiones, su puesta en práctica se ha adelantado al día 1 de enero de 2019. También cabe citar como antecedente el polémico “Informe del Comité de expertos sobre el Factor de Sostenibilidad del Sistema Público de Pensiones” de 7 de junio de 2013⁸.

⁶ Que se aplica ya desde enero de 2014 y afecta a todas las pensiones y no sólo a las de jubilación. Este índice implica que la revalorización anual de las pensiones –incluidas las pensiones mínimas– se desvincula del IPC y se determinará anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado teniendo en cuenta factores como los ingresos y gastos del sistema de pensiones y el número de pensionistas. Para el año 2014 este índice se ha situado en el 0,25 por 100, previéndose legalmente que dicho índice no puede superar, en ningún caso, el IPC más el 0,50 por 100, lo que puede llevar, en la práctica, a un empobrecimiento de los pensionistas.

⁷ Donde se prevé que: “El Gobierno, en caso de proyectar un déficit en el largo plazo del sistema de pensiones, revisará el sistema aplicando de forma automática el factor de sostenibilidad en los términos y condiciones previstos en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social”.

⁸ En relación al mismo, vid PIÑA GARRIDO, L., “Comentario al informe del grupo de expertos sobre el factor de sostenibilidad de las pensiones: Hay más alternativas”, Asociación Española de Asesores Fiscales, 2013.

Ahora bien, ¿en qué consiste este factor? Su regulación se encuentra en los artículos 1 a 6 de la Ley 23/2013 y se caracteriza por los siguientes elementos⁹:

a) Se aplica exclusivamente a la pensión de jubilación y afecta a aquellas personas que se jubilen a partir del día 1 de enero de 2019, tanto en el sector público como privado. Esto supone también que estas personas se verán afectadas, de una forma conjunta, por el nuevo índice de revalorización y por el factor de sostenibilidad, por lo que el impacto de la reforma será mayor (al traducirse en una reducción de la cuantía inicial de la pensión y en una revalorización anual de la misma no vinculada al IPC).

b) Afectará a todas las pensiones de jubilación, con independencia de su cuantía, señalándose incluso en el artículo 6 de la citada Ley 23/2013, que el factor de sostenibilidad se aplicará sin perjuicio del derecho que, en su caso, tenga el interesado al percibo del complemento por mínimos. Este factor de sostenibilidad se aplicará a todos los regímenes del sistema de Seguridad Social y, en consecuencia, a los pensionistas provenientes del sector público y del sector privado.

c) En la misma lógica anterior, el factor de sostenibilidad se aplica, de forma automática y una sola vez, a todas las pensiones de jubilación, con independencia de las características de la carrera de cotización de la persona afectada (por poner un ejemplo: es irrelevante que se trate de un ex empleado público con una carrera de cotización de 38 años y una cotización por base máxima o de un ex empleado público con una carrera de cotización de sólo 16 años y con unas bases de cotización muy bajas, ya que el importe del factor de sostenibilidad será el mismo, al depender exclusivamente de la esperanza de vida).

d) El factor de sostenibilidad se utiliza en otros países europeos (Alemania, Portugal...) pero con perfiles diferentes y, en consecuencia, con efectos diversos –más o menos negativos- respecto de los pensionistas. En nuestro caso, se ha optado por vincularlo con el cálculo inicial de la pensión de jubilación y relacionarlo exclusivamente con la evolución de la esperanza de vida a los 67 años. Tal y como se manifiesta en el Dictamen del Consejo Económico y Social 7/2013 sobre el Anteproyecto de Ley reguladora del Factor de Sostenibilidad y del índice de revalorización, ésta es la opción más gravosa para los futuros pensionistas, ya que si sigue ampliándose la esperanza de vida a los 67 años en nuestro país –que es la tendencia esperada-, aunque nuestra economía, y por extensión, la situación del sistema de pensiones mejorase de forma muy importante, la cuantía de la pensión de jubilación seguirá reduciéndose, al ser el factor esperanza de vida el único contemplado (cabe señalar que, en otros países, ese factor se modula o incluso se neutraliza –Alemania-

⁹ En relación con el factor de sostenibilidad vid SUÁREZ CORUJO, B., “El factor de sostenibilidad: ¿el caballo de Troya del sistema público de pensiones?”, *Temas Laborales* n1 121/2013, pág. 14 y ss.; y MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., “El factor de sostenibilidad en España: ¿Un nuevo paso para el cambio silencioso de modelo de pensiones públicas?”, en *Revista de Derecho Social* n° 62/2013, pág. 209 y ss.

teniendo en cuenta otros factores, como la evolución de la economía, el incremento del empleo o de la productividad,...).

En torno a esta cuestión, en el citado Dictamen se apunta, conclusión que compartimos, que: *“... al CES le preocupan los efectos de la automaticidad de la aplicación de este factor, basado exclusivamente en la evolución de la esperanza de vida, especialmente teniendo en cuenta que se trata de determinar un elemento, la cuantía inicial de la pensión, de especial trascendencia, por cuanto es la referencia básica de lo que se percibirá a lo largo de todos los años de jubilación... En este sentido, teniendo en cuenta la variabilidad que arroja este indicador en función de variables como el género, la región o el estatus socio ocupacional... sería conveniente estudiar la posibilidad de modular dicha automaticidad combinándola con la evolución de otras variables con incidencia positiva sobre los ingresos, como el empleo, la actividad económica o la participación laboral, como ocurre en otros países de nuestro entorno...”*¹⁰.

e) En el artículo 1 de la Ley 23/2013, el factor de sostenibilidad se define como un instrumento que, con carácter automático, permite vincular el importe de las pensiones de jubilación a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas *“ajustando las cuantías que percibirán aquellos que se jubilen en similares condiciones en momentos temporales diferentes”*. Es importante destacar que esto supone, tal y como reconoce la exposición de motivos de la Ley ajustar *“la pensión inicial de jubilación de manera que el importe total que perciba a lo largo de su vida un pensionista que acceda al sistema de pensiones dentro de un cierto número de años, y que previsiblemente tendrá mayor esperanza de vida, sea equivalente al que perciba el que se jubile en un momento anterior. Para ello se relaciona la esperanza de vida estimada en ambos momentos... Este factor asegura el riesgo asociado al incremento de la longevidad y ajusta la equidad intergeneracional...”*.

En otras palabras, el factor de sostenibilidad implica que una persona que, por ejemplo, se jubile en el año 2040, aunque viva más años, debe recibir una cuantía de pensión de jubilación equivalente a la de las personas que se jubilaron años antes (en el año 2025 por ejemplo) y, en consecuencia, su pensión inicial debe ser menor, ya que, de otra manera, se rompería la *“equidad intergeneracional”*, y, ello insistimos, con independencia de su esfuerzo de cotización a lo largo de su vida laboral. Esta nueva fórmula supone un cambio radical en el planteamiento de lo que hasta ahora entendíamos como pensión de jubilación, y ello por varios motivos:

1º) Hasta ahora y hasta el día 1 de enero de 2019 –que será cuando entre en vigor el factor de sostenibilidad-, la pensión de jubilación depende esencialmente de la carrera de cotización de la persona afectada (esto es, depende del número de años cotizados y de la cuantía de las bases de cotización de cada empleado). Sin embargo, a

¹⁰ Pág. 14.

partir del 1 de enero de 2019 al cálculo anterior, derivado de la carrera de cotización (del que ya resulta una cuantía devaluada de pensión como consecuencia de las reformas incorporadas por la Ley 27/2011, antes vistas), se le añadirá un factor adicional automático que es el factor de sostenibilidad, vinculado únicamente, como venimos manifestando, a la esperanza de vida a los 67 años.

2º) Con este nuevo sistema, un factor positivo en nuestro país –el avance de la esperanza de vida una vez jubilados que se viene produciendo de forma continuada desde hace bastantes años–, se convierte en un factor negativo: mientras más vivan las personas más mayores que nosotros menos cobraremos nosotros al jubilarnos.

3º) Teniendo presente que todas las previsiones apuntan a que continuará el incremento de la esperanza de vida a los 67 años en los próximos años¹¹, la tendencia futura, de carácter acumulativo por períodos quinquenales, del factor de sostenibilidad será la reducción progresiva de la cuantía inicial de las pensiones de jubilación y, en consecuencia, llevará al empobrecimiento progresivo de los pensionistas de jubilación (tanto del sector privado como del sector público). Podría afirmarse que el factor de sostenibilidad no está diseñado para que necesariamente se exprese en negativo y es cierto, pero no podemos olvidar tampoco que un avance en positivo requeriría que la esperanza media de vida a los 67 años en el país decreciese, lo que no sólo no resulta deseable por razones evidentes, sino también bastante improbable en la práctica (cabe pensar, salvo situaciones como epidemias...).

Y, 4º) como hemos visto, el factor de sostenibilidad se basa también en la idea de “*equidad intergeneracional*” entendida como que ésta exige que una persona, aunque viva más años, debe recibir una cuantía de pensión de jubilación equivalente a la de las personas que se jubilaron años antes y, en consecuencia, su pensión inicial debe ser menor. Esta forma de interpretar la “*equidad intergeneracional*” nunca ha estado presente en nuestro sistema de jubilación, ya que hasta ahora se interpretaba de una forma radicalmente diferente: esa equidad implicaba, bajo la lógica del sistema de reparto, que los cotizantes actuales con sus cotizaciones pagan las pensiones de las generaciones anteriores ya jubiladas. En cambio, ahora para ser “*equitativos*” con nosotros, nuestros hijos cobrarán una pensión de jubilación más baja aunque vivan más años y si no queremos que sea así tendremos el deber como padres de morirnos antes; huelga decir que esto no tiene ningún sentido. En el fondo está, como en el caso del nuevo índice de revalorización, la necesidad de garantizar, ante todo y por encima de todo, la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

f) En relación a la forma de calcular el factor de sostenibilidad, al fundamentarse éste, como hemos visto, en la esperanza de vida a los 67 años, los elementos que se tendrán en cuenta, según el artículo 3 de la Ley 23/2013, son dos: 1) las tablas de

¹¹ Entre otros, vid “Estudio Axa sobre Esperanza de Vida en España”, marzo 2013.

mortalidad de la población pensionista de jubilación elaboradas por la propia Seguridad Social; y, 2) la edad de 67 años como edad de referencia. Y a ello añade el artículo 4 una compleja formulación matemática del factor de sostenibilidad, al que se atribuirá un valor quinquenal: de este modo, para el cálculo del factor en el período 1 de enero de 2019 a 31 de diciembre de 2023 se dividirá la esperanza de vida a los 67 años en el año 2012 por la esperanza de vida a los 67 años en el año 2017, y para el cálculo en el período de 1 de enero de 2024 a 31 de diciembre de 2028 se tomará el dato de la esperanza de vida a los 67 años en el año 2017 y se dividirá por el dato equivalente en el año 2022. Y así sucesivamente.

El cálculo quinquenal y no anual o bianual parece responder a la lógica de otorgar una cierta estabilidad a la propia fórmula de cálculo. Sin embargo, cabe tener presente que dicha fórmula comporta una cierta inseguridad o incerteza ya que, aunque como hemos afirmado, las previsiones apuntan a una elevación sostenida de la esperanza de vida, es muy difícil saber en qué cuantía o porcentaje se concretará dicho factor de sostenibilidad –que tiene carácter acumulativo, eso sí- en el momento en que cada persona se jubile, aun cuando, algún estudio habla de una reducción del 22 por 100 en el importe de la pensión para el año 2050 (en relación con la que se hubiera obtenido de no haberse aplicado el factor de sostenibilidad).

g) Teniendo en cuenta precisamente esa inseguridad o incerteza, las disposiciones adicionales primera y cuarta de la Ley 23/2013, establecen que: 1) el factor de sostenibilidad se aplicará con absoluta transparencia, publicándose el seguimiento sistemático de la esperanza de vida¹²; 2) con ocasión del reconocimiento de su pensión inicial, se informará al pensionista de jubilación sobre el efecto del factor de sostenibilidad en el cálculo de la misma; y, 3) la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal emitirá su opinión –no vinculante- respecto a los valores calculados por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social para la determinación del factor de sostenibilidad.

Y, h) finalmente, con el objetivo de trasladar el factor de sostenibilidad a la LGSS, se modifica, con efectos de 1 de enero de 2019, lo dispuesto en su artículo 163.1, para añadir al texto actual la referencia a que a “*la cuantía así determinada (como comentábamos anteriormente, sobre la base de años cotizados y bases de cotización) le será de aplicación el factor de sostenibilidad que corresponda en cada momento*”. Y en este ámbito, respecto a los funcionarios incluidos en el régimen de Clases Pasivas, cabe tener presente también que se ha modificado, con efectos del día 1 de enero de 2014, el artículo 27 de la Ley de Clases Pasivas del Estado¹³, previéndose que los haberes reguladores aplicables para la determinación de las pensiones serán incrementados al comienzo de cada año en función del índice de revalorización, lo que supondrá una devaluación progresiva e importante en la cuantía de las mismas para los funcionarios

¹² Sobre esta cuestión, vid pág. 15 del Dictamen del Consejo Económico y Social.

¹³ Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

incluidos en el sistema de Clases Pasivas¹⁴, a la que se sumará el efecto anual del índice de revalorización una vez sean pensionistas. Probablemente, dentro del sector público, se trata del colectivo más afectado por las últimas reformas.

4. LAS NUEVAS FORMAS DE COMPATIBILIZAR EL TRABAJO Y LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN.

4.1. Aspectos generales

Junto con lo ya señalado en los apartados anteriores y posiblemente también como consecuencia de todo ello, en el pasado año 2013 también se dio un nuevo paso en un camino que, hasta hace solo unos años, hubiera resultado impensable: la ampliación de las posibilidades de que una persona compatibilice el cobro de su pensión de jubilación y el trabajo. Y ello por cuanto, tradicionalmente, la lógica en esa cuestión ha sido precisamente la de la incompatibilidad y, en consecuencia, si una persona jubilada quería volver a trabajar debía solicitar previamente la suspensión del pago de su pensión al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

De este modo, en el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, se reguló un nuevo sistema de compatibilidad entre el cobro de la pensión de jubilación y el trabajo, que se añade a los ya existentes con anterioridad, de carácter más restrictivo.

Nuevo sistema de compatibilidad trabajo-pensión de jubilación que resulta aplicable a todo el personal que presta servicios en las entidades locales, ya se trate de funcionarios públicos o de personal laboral, siempre que se cumplan los requisitos previstos en el capítulo I del citado Real Decreto-Ley. No entraremos en ello, pero sí cabe apuntar que el colectivo de funcionarios públicos incluido en el régimen de Clases Pasivas también puede acceder a esta nueva vía, al haber modificado el Real Decreto-Ley 5/2013 el contenido de la Ley de Clases Pasivas del Estado¹⁵.

¹⁴ A estos efectos, téngase en cuenta los siguientes datos: en 2010 el haber regulador correspondiente al grupo A1 fue de 38.769,75 euros, en 2011 de 39.268,77 euros (un incremento de 499,02 euros), en 2012 de 39.661,46 euros (un incremento de 392,69 euros), en 2013 de 40.058,07 euros (un incremento de 396,61 euros) y en 2014, de 40.158,22 euros (un incremento de sólo 100,15 euros al haberse aplicado ya el incremento del IR que es de 0,25%). Si la tendencia de los próximos años del IR, como hemos señalado páginas atrás, es mantenerse en un 0,25%, el incremento de los haberes reguladores seguirá siendo bajo y bastante inferior a lo se producía en el pasado.

¹⁵ Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, aunque sólo pueden acceder a esta vía aquellos funcionarios régimen Muface que se hayan jubilado a partir del 1 de enero de 2009.

4.2. Las condiciones de aplicación del nuevo mecanismo de compatibilidad entre el trabajo y el cobro de la pensión de jubilación

Cabe partir del hecho que este nuevo mecanismo permite que un empleado de una entidad local, una vez ya jubilado totalmente, pueda volver a trabajar, por cuenta ajena o por cuenta propia, y a tiempo parcial o a tiempo completo, y compatibilizar ese trabajo con el cobro parcial de su pensión de jubilación, sin tener casi obligación de cotizar a la Seguridad Social –ni él mismo, ni si trabaja por cuenta ajena, la empresa que le contrate-.

No obstante, cabe tener presente que no todo jubilado de una entidad local va a poder acceder a esta nueva figura que, sin duda, presenta ventajas tanto para el propio jubilado como para, en su caso, la empresa que le contrata. Partiendo de ello, en este ámbito cabe hacer las siguientes consideraciones:

a) En primer lugar, cabe destacar que esta figura sólo se aplica cuando el empleado ha accedido a la modalidad de la jubilación ordinaria a la edad prevista en el artículo 161.1.a) y en la disposición transitoria 20ª de la LGSS (sin aplicación posible de coeficientes reductores o bonificaciones de la edad) y, además, percibe el 100 por 100 de la correspondiente base reguladora. Asimismo, resulta irrelevante el momento en que se haya iniciado el cobro de la pensión de jubilación, es decir, antes o después de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 5/2013, el día 17 de marzo de 2013.

Por otra parte, la exigencia de este primer requisito supone que quedan excluidos de esta vía dos colectivos:

- Los empleados públicos que se hayan jubilado o se jubilen anticipadamente, de forma voluntaria o involuntaria, ya sea conforme a lo previsto en el artículo 161 bis.2 (en el caso de los no mutualistas) o en la disposición transitoria 3ª (mutualistas¹⁶) de la LGSS.

- Y los empleados públicos que se han jubilado de forma ordinaria pero no tienen derecho a cobrar el 100 por 100 de la correspondiente base reguladora, al no tener los años cotizados requeridos para ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 163 y en la disposición transitoria 21ª de la LGSS.

Estos dos colectivos no podrán acudir a esta nueva vía para compatibilizar el trabajo y la pensión de jubilación, pero sí podrán recurrir a otras vías semejantes ya existentes con anterioridad al Real Decreto-Ley 5/2013, tales como la jubilación flexible (artículo 165.1 párrafo 2º de la LGSS) o la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia regulada en el artículo 165.4 de la LGSS. Sobre estas vías alternativas volveremos más adelante.

¹⁶ Se consideran como tales aquellas personas que cotizaron a una Mutualidad Laboral antes del 1 de enero de 1967.

b) En segundo lugar, es importante señalar que, en este supuesto, y a diferencia de lo que ocurre en el caso de la jubilación parcial¹⁷, el empleado se jubila totalmente, pasa a cobrar la correspondiente pensión de jubilación y, con posterioridad (transcurridos unos días, meses o años), pasa a esta nueva situación de compatibilidad entre trabajo y pensión.

c) En tercer lugar, si se cumplen los requisitos antes apuntados, el empleado-jubilado puede reiniciar su actividad laboral bien por cuenta ajena o por cuenta propia, y a tiempo parcial o a tiempo completo (lo que implica una gran flexibilidad), pero con un importante límite (que tiene una especial trascendencia en el caso de los empleados públicos): ese nuevo trabajo no puede ser en el sector público, por cuanto, tal y como se prevé expresamente en el artículo 1.1 del Real Decreto-Ley 5/2013, el desempeño de un puesto de trabajo o de alto cargo en el sector público, delimitado en el artículo 1.1 párrafo 2º de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, es incompatible con la percepción de la pensión de jubilación.

d) Se está obligado a comunicar al Instituto Nacional de la Seguridad Social el inicio de la actividad laboral o profesional, y la consecuencia será una reducción fija del 50 por 100 en la cuantía de la pensión de jubilación que se venía percibiendo, que resultará compatible con la remuneración o ingresos que se reciban como consecuencia de la citada actividad laboral o profesional (cualquiera que sea su cuantía). En este punto cabe hacer cuatro consideraciones adicionales:

1ª) Como decíamos antes, la reducción de la cuantía de la pensión de jubilación es siempre del 50 por 100, con independencia de la duración de la jornada que se realice por cuenta ajena o por cuenta propia (que, insistimos nuevamente en ello, puede ser a tiempo parcial o a tiempo completo) y los ingresos que se reciban (más o menos elevados). Ese 50 por 100 de pensión será equivalente al 50 por 100 del importe resultante en el reconocimiento inicial de la pensión de jubilación, una vez aplicado, si procede el límite máximo de la pensión pública fijado por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, o del que se esté percibiendo en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos.

2ª) La pensión de jubilación se revalorizará en los términos fijados legalmente. No obstante, mientras se mantenga la compatibilidad trabajo-pensión, el importe de la pensión de jubilación más las revalorizaciones acumuladas se reducirá en un 50 por 100.

3ª) El pensionista no tiene derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima mientras compatibilice su pensión con el trabajo.

¹⁷ Regulada en el artículo 166 de la LGSS.

Y, 4ª) el pensionista, aunque trabaja, mantiene su consideración como pensionista a todos los efectos y, especialmente, en materia de asistencia sanitaria y farmacéutica.

e) En quinto lugar, como ya adelantamos, esta nueva vía de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo tiene otra importante ventaja desde la perspectiva de la Seguridad Social, ya que está vinculada a una escasa cotización (una cotización “de solidaridad”). En efecto, tal y como prevé el artículo 4 del Real Decreto-Ley 5/2013, durante la realización del trabajo por cuenta propia o ajena, sólo se cotizará por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, según la normativa reguladora del régimen de Seguridad Social correspondiente, a lo que se añade una cotización especial por solidaridad del 8 por 100, no computable para las prestaciones, que en el caso de los regímenes de trabajadores por cuenta ajena se distribuye entre el empresario (un 6 por 100) y el empleado (un 2 por 100). Es importante aquí destacar dos cuestiones:

- La escasa cotización que se realiza, lo que hace, sin duda, atractiva esta vía, tanto para el pensionista como, en su caso, para la empresa que le contrata.

- Y esa cotización no computa a los efectos de las prestaciones de la Seguridad Social y, por tanto, cuando finalice el período de compatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación, el empleado-jubilado volverá a percibir la pensión de jubilación inicial en su totalidad, con las revalorizaciones correspondientes.

Y, f) por último, resulta evidente que este escaso coste desde la perspectiva de la Seguridad Social podría llevar a una empresa a no contratar a empleados no jubilados o incluso a despedir empleados con el objetivo de sustituirlos por jubilados que cumplan los requisitos vistos y que, en consecuencia, le permitan un ahorro en costes laborales. Para evitar ese riesgo, el propio Real Decreto-Ley 5/2013 establece ciertos límites, aunque son bastante flexibles (o con otras palabras, fáciles de sortear). Así, en la disposición adicional 1ª del Real Decreto-Ley 5/2013 se establece lo siguiente:

- 1) Para poder contratar a jubilados por esta nueva vía, la empresa no debe haber adoptado decisiones extintivas improcedentes en los 6 meses anteriores. Pero cabe tener presente que esta limitación sólo afecta a las extinciones producidas con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 5/2013 (el día 17 de marzo de 2013), y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción. Se trata de un límite muy flexible o, en otras palabras, muy escaso (sólo los 6 meses anteriores, mismo grupo profesional, mismo centro de trabajo...).

- Y, 2) una vez iniciada la compatibilidad entre la pensión y el trabajo, la empresa debe mantener durante la vigencia del contrato de trabajo del jubilado, el nivel de empleo existente en la misma antes de su inicio. A estos efectos, se toma como referencia el promedio diario de empleados de alta en la empresa en el período de los 90

días anteriores a la compatibilidad, calculado como el cociente que resulte de dividir entre 90 la suma de los empleados que estuvieran en alta en la empresa en los 90 días inmediatamente anteriores a su inicio. Cabe tener en cuenta, no obstante, que no se considerará que se ha incumplido esta obligación de mantenimiento del empleo cuando el contrato de trabajo se extinga por causas objetivas o despido disciplinario procedentes, o en el caso de las extinciones causadas por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los empleados o por la expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio objeto del contrato. Este segundo límite persigue una mayor efectividad que el anterior, pero también tiene, como hemos visto, fronteras bastante flexibles.

En definitiva, como hemos visto, esta nueva vía de compatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación permite que un ex empleado de una entidad local jubilado ordinariamente con el 100 por 100 de la base reguladora pueda volver a trabajar en el sector privado, por cuenta ajena o por cuenta propia, compatibilizando sus ingresos –bajos o altos- con un 50 por 100 de su pensión de jubilación y con una escasa cotización a la Seguridad Social. Y una vez finalizada dicha compatibilidad –por el motivo que sea-, vuelve a recuperar su pensión de jubilación total con las correspondientes revalorizaciones. Se trata, sin duda, de una vía interesante y, desde una perspectiva de futuro, cada vez más necesaria, si como hemos visto en los apartados anteriores, el importe de la pensión pública de jubilación que se va a percibir se irá reduciendo.

4.3. Las otras vías de compatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación

Como hemos visto, el Real Decreto-Ley 5/2013 ha incorporado una vía de compatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación, pero subsisten otras dos también aplicables al personal que ha prestado servicios en una Administración Local: nos referimos a la jubilación flexible –implantada en nuestro país con efectos de 1 de enero de 2002 y bastante desconocida en la práctica-, y la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia regulada en el artículo 165.4 de la LGSS (instaurada por la Ley 27/2011, con efectos de 2 de agosto de 2011). Veamos brevemente las características de ambas figuras.

En primer lugar, respecto a la jubilación flexible –regulada en el artículo 165.1 párrafo 2º de la LGSS-, cabe recordar que ésta se manifiesta en el caso de una persona ya jubilada totalmente –ya sea de forma anticipada u ordinaria, en el sector privado o público- que decide volver a trabajar a tiempo parcial en el sector privado (nuevamente juega aquí la incompatibilidad prevista en la Ley 53/1984). Se requiere necesariamente la celebración de un contrato a tiempo parcial (con unos límites de reducción de jornada de entre un 25 por 100 y un 50 por 100), lo que excluye el trabajo por cuenta propia, y el jubilado ve reducida su pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la

jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable (definido en el artículo 12.1¹⁸ del Estatuto de los Trabajadores).

El desarrollo reglamentario de esta figura se encuentra en el artículo 4 y siguientes del Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, donde se prevé que las cotizaciones efectuadas como consecuencia del contrato a tiempo parcial se computarán a los efectos de recalcular la correspondiente pensión de jubilación, salvo que reduzcan su importe, en cuyo caso se mantiene la base reguladora anterior aplicando las revalorizaciones habidas desde la fecha de determinación de aquella hasta la del cese en el trabajo a tiempo parcial. Asimismo, ese período cotizado computa a los efectos de mejorar el porcentaje aplicable a la base reguladora (con el límite del 100 por 100) así como para reducir los coeficientes reductores aplicados en el supuesto de haberse tratado de una jubilación anticipada.

Es fácil constatar que el recurso a esta medida tiene evidentes ventajas para el jubilado a los efectos de poder mejorar, en su caso, la cuantía de la pensión de jubilación que venía percibiendo, aunque se trata de una figura que ha tenido muy poco uso en la práctica (según un informe del propio Gobierno de España, en el año 2011 sólo 789 personas recurrieron a la jubilación flexible¹⁹).

Y, en segundo lugar, el artículo 165.4 de la LGSS permite que un empleado jubilado totalmente (ya se trate de jubilación ordinaria o anticipada) compatibilice su pensión –en su totalidad– con un trabajo por cuenta propia siempre que los ingresos anuales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual. En este supuesto no existe obligación de cotizar a la Seguridad Social y, lógicamente, no se obtendrán nuevos derechos en materia de Seguridad Social.

5. LA FUTURA COMPATIBILIDAD ENTRE EL TRABAJO Y LA PERCEPCIÓN DE UN PLAN DE PENSIONES

Junto a lo ya señalado, el Real Decreto-Ley 5/2013 incorporó una novedad interesante relacionada también con la compatibilidad entre el trabajo y la percepción de lo aportado a un plan de pensiones privado.

¹⁸ Se entiende por tal un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar. Si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, la jornada máxima legal.

¹⁹ Informe sobre la compatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación y la realización de una actividad, octubre de 2012.

En efecto, en la disposición adicional 5ª del citado Real Decreto-Ley se establece que el Gobierno, en el marco de un informe sobre el grado de desarrollo de la previsión social complementaria y sobre las medidas que podrían adoptarse para promover su desarrollo en España, realizará las propuestas oportunas para proceder a regular la posibilidad del rescate de las aportaciones realizadas a planes de pensiones, una vez se alcance la edad ordinaria de jubilación del partícipe, aun cuando se compatibilice el disfrute de la pensión de jubilación con la realización de un trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia en los términos, antes analizados, del capítulo I del Real Decreto-Ley 5/2013.

Aunque esté todavía en fase de estudio, si finalmente esta propuesta se concreta, implicaría que un empleado de una entidad local, una vez se jubile ordinariamente cobrando el 100 por 100 de la base reguladora, podrá compatibilizar el cobro de su plan de pensiones con un trabajo en los términos vistos páginas atrás, pero sólo cuando la compatibilidad se canaliza a través de la vía del capítulo I del RDL 5/2013. Por tanto, dicho empleado jubilado cobraría el 50 por 100 de su pensión de jubilación, su plan de pensiones (cuya cuantía obviamente depende de las aportaciones realizadas) y podría trabajar a tiempo completo o a tiempo parcial, por cuenta ajena o por cuenta propia sin casi cotizar a la Seguridad Social. Estamos, sin duda, ante un panorama interesante.

6. CONCLUSIONES FINALES

El pasado año 2013 trajo consigo importantes reformas que permiten hablar de un *“nuevo modelo de jubilación”*, especialmente para aquellos empleados de las administraciones locales que no están cercanos a la edad de jubilación ordinaria. Así:

1) La entrada en vigor de la Ley 27/2011 ha comportado una reforma de los parámetros esenciales de la pensión de jubilación ordinaria (incremento progresivo de la edad de jubilación, elevación del número de años de cotización que conforman la correspondiente base reguladora, incremento del número de años de cotización que se exigen para poder cobrar el 100 por 100 de la pensión...) que puede suponer, en determinados casos, una reducción del importe de la pensión a percibir o su retraso. Este impacto se irá incrementando con el paso de los años y afectará, particularmente, a aquellos empleados que tengan una carrera de cotización más corta (fenómeno que se producirá cada vez con mayor frecuencia en el futuro, si tenemos en cuenta la edad actual de acceso al mercado de trabajo).

2) La Ley 23/2013 implica la incorporación en nuestro sistema de pensiones del factor de sostenibilidad, de aplicación automática y vinculada exclusivamente, como hemos visto, a la esperanza de vida a los 67 años. Su efecto práctico, tal y como hemos puesto de relieve páginas atrás, es una reducción del importe de la pensión de

jubilación, de carácter acumulativo, a partir de su entrada en vigor el día 1 de enero de 2019.

Y, 3) los dos elementos anteriores combinados, junto con la aplicación del nuevo índice de revalorización de las pensiones, hacen que tenga una renovada importancia la necesidad de “*planificar*” nuestra jubilación. O en otras palabras, ante el hecho previsible de que nuestra futura pensión de jubilación pública tenga una cuantía inferior cabe pensar en alternativas para complementarla, entre las que cabe citar los planes de pensiones y los contratos de seguro, pero también las fórmulas que permiten compatibilizar la pensión de jubilación y el trabajo, ampliadas, como hemos visto, también en 2013. Ello implica que un empleado de una administración local que no esté cercano a la jubilación, como consecuencia de las últimas reformas en materia de jubilación, tiene que empezar a pensar en planificar su jubilación futura, por cuanto el nuevo modelo no le garantiza que la pensión pública –especialmente como consecuencia del factor de sostenibilidad- le permita subsistir de forma suficiente en el futuro. Lógicamente, lo que no aclara el legislador es que hará aquella persona que no pueda recurrir, por motivos económicos o de otra índole, a esas medidas alternativas.

LAS DISTINTAS CATEGORÍAS DE EMPLEADOS PÚBLICOS LOCALES: SINGULARIDADES TRAS LA LEY DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD

Alberto PALOMAR OLMEDA

*Profesor Titular acreditado de Derecho Administrativo de la Universidad
Carlos III (Madrid)*

SUMARIO:

1. Ubicación del régimen jurídico del personal en el seno de las líneas generales de la Ley.
2. Régimen específico del personal al servicio de la Administración local.
 - 2.1. La opción del Estatuto Básico.
 - 2.2. El nuevo artículo 92 de la LBRL.
3. El personal laboral y sus modificaciones.
 - 3.1. Definición y contenido del concepto de masa salarial en el ámbito de las Administraciones Locales.
 - 3.2. Prescripciones relativas a los contratos mercantiles y de alta dirección.
4. Bibliografía.

1. UBICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL EN EL SENO DE LAS LÍNEAS GENERALES DE LA LEY

La publicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalidad y sostenibilidad de la Administración Local (BOE de 30 de diciembre de 2013) se sitúa en un marco que ha venido a considerarse como estructural en el conjunto de las reformas de las Administraciones Públicas.

La reforma de las Administraciones Públicas forma parte de los programas nacionales de reformas que presenta el Gobierno Español ante la Unión Europea y, asimismo, de las propias declaraciones y programas políticos de esta legislatura que tienen la línea común de indicar que la reforma de las Administraciones Públicas es uno de los ejes centrales de la reforma, precisamente, porque se ha conformado una especie de consenso social (no sé si científico) de que la reforma es uno de los elementos centrales de la sostenibilidad económica que, como es sabido, se ha convertido, a su vez, en una de las palabras más utilizadas por el legislador en los últimos años en tanto

en cuanto sirve para mostrar la sintonía entre las necesidades de financiación, las presupuestarias y el volumen y calidad final de los servicios públicos que pueden prestar las Administraciones Públicas.¹

En este terreno de las Administraciones Públicas, en general, el debate sobre las Administraciones Locales tiene, sin duda, sus propias características que arrancan de la propia indefinición del modelo, de la estructura de los entes locales y de sus características diferenciales en la conformación de un modelo único de validez generalizada para los más de 8000 Ayuntamientos, de la posición ordinal del mundo local respecto de las Comunidades Autónomas, de su papel en la provisión de bienes y servicios frente a los ciudadanos y, en general, de un conjunto de cuestiones que proceden, en gran parte, de la configuración histórica y evolutiva del propio ámbito local. Un conjunto de cuestiones que, realmente, han puesto en la realidad un debate abierto sobre el modelo actual, el posible, el necesario sobre el papel real que debe corresponder a las Administraciones Locales en la sociedad actual.

En este debate se ha cuestionado prácticamente todo, desde el número de municipios, el régimen de provisión y de actuación de los órganos supramunicipales, las competencias de cada uno de los entes locales, la organización administrativa, el propio modelo de función pública y el papel de los cuerpos estatales en la nueva conformación de un modelo diferente². De alguna forma podríamos decir que todo lo puntual está en cuestión aunque el producto final lejos de vislumbrar un modelo diferencial y asentado sobre bases radicalmente diferenciadas se muestra como un modelo parchado con

¹ En este sentido, el Preámbulo de la Ley 27/2010, de 27 de diciembre, de racionalidad y sostenibilidad de la Administración Local contiene las siguientes referencias “...Los antecedentes inmediatos de la reestructuración del sector público local son los acuerdos entre el Gobierno de la Nación y las Entidades Locales de 7 de abril de 2010 y de 25 de enero de 2012. El primero, más genérico, definido como acuerdo marco con las Entidades Locales sobre sostenibilidad de las finanzas públicas 2010-2013, establecía la aprobación por parte de dichas entidades de un plan de racionalización de las estructuras de sus respectivos sectores públicos, administrativos y empresariales, con el objetivo de mejorar la eficiencia y reducir el gasto público. El segundo, definido como acuerdo de reordenación y racionalización del sector público instrumental local y de control, eficiencia y reducción del gasto público gestionado por el mismo, perseguía disciplinar la actividad de las Administraciones Públicas sin menoscabo de la calidad de los servicios que prestan. Para ello consideraba como eje principal las medidas de reducción de la dimensión del sector público local, lo que implicaba la necesidad de controlar su actividad y racionalizar su organización....”.

² JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, “¿Qué hacer? El empleo público local ante la crisis: políticas de ajuste en un marco de reformas”, en AA. VV., *El empleo público local ante la crisis*, Fundación Democracia y Gobierno Local - CEMCI, serie Debates Locales, 2, Bilbao, 2011, p. 18.

² En este punto, Cantero Martínez, Josefa en “Las medidas de racionalización de plantillas en el empleo público local y en un contexto de contención fiscal. *Cuadernos de Derecho Local*, nº 28, 2012 en el que cita la STSJ de Madrid (Social) de 22 de febrero de 2011 que le lleva a afirmar que “... Esta sentencia nos ilustra sobre la situación crítica que viven nuestros ayuntamientos y nos muestra el debate actual con toda su crudeza: la disyuntiva entre el mantenimiento de las plantillas de personal o la prestación misma de los servicios públicos. Son muchos, sin embargo, los interrogantes que se nos plantean: ¿Qué medidas pueden adoptar los ayuntamientos para reestructurar sus plantillas y ahorrar en materia de gastos de personal? ¿Cómo afectan estas medidas, especialmente los despidos individuales y colectivos del personal laboral, a los principios constitucionales que rigen el acceso a la Administración? ¿Qué criterios deben orientar la decisión de la Administración en la concreción de los empleados que salen? ¿Qué se puede hacer con los funcionarios públicos, cómo se pueden optimizar las plantillas y, en su caso, lograr los pretendidos ahorros? A raíz de estos interrogantes, nos proponemos en este trabajo orientar a los Gobiernos locales acerca de sus posibilidades de actuación para racionalizar sus plantillas y disminuir la partida de gastos en materia de personal. Veremos que son varias las decisiones que pueden adoptarse....”.

algunas medidas de efecto inmediato y que afectan parcialmente a la realidad en la que se insertan.³

Desde la perspectiva más concreta de lo que corresponde analizar aquí podemos indicar que la reforma incide, claramente, en el ámbito del modelo de función pública con medidas puramente contingentes y con medidas que pueden llegar a tener una influencia diferente en la configuración final del modelo. Con vocación puramente descriptiva pasamos a analizarlas.

2. RÉGIMEN ESPECÍFICO DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

Una de las características centrales, de un alcance ciertamente impreciso, consiste en la modificación del artículo 92 de la LBRL que es la norma estructural de regulación del esquema de fuentes en la relación jurídica funcionarial. El alcance real de la modificación exige, sin duda, tener una perspectiva de futuro que derive de la aplicación concreta de la que, claro está, carecemos en este momento pero justifica, en todo caso, que nos aproximemos, en este momento, al análisis de la reforma y la determinación de una perspectiva aplicativa que justifique la reforma introducida.

2.1. La opción del Estatuto Básico

El personal funcionario de las Entidades Locales aparece dentro de la regulación que se contiene en el EBEP con dos referencias. La primera, en el artículo 2.2. cuando establece el ámbito de aplicación territorial del EBEP e incluye dentro de las Administraciones a las que el mismo se aplica a “las Administraciones de las Entidades Locales”. La segunda, se indica en el artículo 3º en el que se indica que “...1. El personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local...”⁴

Estas menciones, como puede apreciarse, no hacen referencia alguna al personal laboral de lo que se deduce que la voluntad del legislador del EBEP ha sido que en este ámbito no existan diferencias respecto de la regulación que, con carácter general, se establece para este personal. Siendo esto así resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 7 del EBEP cuando señala que “...el personal laboral al servicio de las

³ Sobre la gestión de recursos humanos en la Administración Pública puede verse el trabajo de Prats i Catalá, J.: «Política, gestión y administración de recursos humanos en las Administraciones Públicas». *Documentación Administrativa*, núm. 210-211. Madrid, 1987.

⁴ Con carácter general, Castelao Rodríguez. D' Anjou González. Manual de Personal al servicio de las entidades locales. Barcelona. 1993.

Administraciones Públicas se rige por los preceptos de esta Ley que así lo dispongan, por la legislación laboral y por los convenios colectivos aplicables...”.

Es claro, por tanto que el esquema organizativo es relativamente sencillo: personal funcionario (conforme a un estatuto peculiar) y personal laboral (conforme al estatuto general aplicable a todas las Administraciones Pública).

En este estado de cosas la cuestión que inmediatamente surge es la intentar aclarar cómo se conforma el estatuto peculiar aplicable al personal funcionario de las Entidades Locales.

Una interpretación literal del artículo 3 ° del EBEP (1. El personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local) nos lleva a indicar que la voluntad del legislador es la establecer un conglomerado normativo que, en el citado artículo, no merece para el legislador la necesidad de su priorización. De hecho la simple lectura del precepto transcrito nos indica que la voluntad es la aplicación primaria del EBEP por la sencilla razón de que es esta la norma que se coloca en primer lugar en el esquema de fuentes, pero a continuación remite – sin indicar si lo es con carácter supletorio o concurrente- a la legislación básica del régimen local y a las normas de las Comunidades Autónomas.

A nuestro modo de ver es necesario para formular una exégesis del precepto diferenciar entre las referencias a la legislación básica de régimen local y las leyes de las comunidades Autónomas.

De esta forma mientras que el título legislación básica de régimen local deriva del mismo tronco que el del Estatuto de funcionarios y ambos se dictan con el amparo del artículo 149.1.18 de la CE. La posición de las Comunidades Autónomas no se produce en ambos en el plano de la concurrencia normativa sino en el plano del desarrollo secundario tanto en materia de función pública como en materia de régimen local.

En este esquema podemos, por tanto, indicar que la voluntad del legislador es la establecer una coordinación entre las normas que regule el empleo público y la que regule el régimen local. De hecho esto es lo que ocurre (aunque no en el mismo orden aplicativo) en la actualidad cuando el artículo 92 de la Ley de Bases de Régimen Local indica que “...los funcionarios al servicio de la Administración Local se rigen, en lo no dispuesto por esta Ley, por la legislación del Estado y de la Comunidades Autónomas, en los términos previstos en el artículo 149.1.18 de la Constitución...”⁵.

⁵ Es cierto que este modelo tiene algunas excepciones. Así, por ejemplo, el artículo 140 del TR indica en referencia a las situaciones administrativas que “ dichas situaciones se regularán por la normativa básica estatal y por la legislación de función pública de la respectiva Comunidad Autónoma y, supletoriamente, por la legislación de funcionario s de la Administración del Estado, teniéndose en cuenta las peculiaridades del régimen local...”. De igual forma, el artículo 144 del TR en relación con las obligaciones de los funcionarios indica que “...los funcionarios de Administración Local tienen

De esta forma podemos indicar que la opción del EBEP trastoca el régimen de fuentes haciendo concurrente (cuando no primaria) su aplicación con la del régimen local y habilitando para llenar la regulación con las normas que las Comunidades Autónomas pueden dictar en ejecución de ambos títulos competenciales (función pública y régimen local). Esto nos permitiría aludir a una concurrencia normativa en dos planos, el estatal, en el que confluyen la normativa de función pública y la de régimen local entendiéndose que las dudas o los conflictos que puedan surgir se resuelven a favor de la indicada en primer término – frente a lo que ocurre en estos momentos que prima el régimen local sobre el régimen funcional común-; el autonómico, en el que aparecen las normas con el techo de la legislación básica pueden dictar las Comunidades Autónomas en materia de función pública (ex artículo 6 del EBEP) y en materia de régimen local.

La interpretación indicada nos muestra el deseo de dar un giro en la conformación del régimen jurídico del personal funcionario de las entidades Locales para convertir el EBEP en una norma común de carácter universal que se impone sobre el conjunto de las Administraciones Territoriales que aparecen en el ámbito de aplicación del mismo. Es cierto que esta opción se hace en una norma básicamente principal y que, por tanto, habilita el establecimiento de un auténtico modelo de función pública local siempre que el mismo se diseñe desde la normativa básica de régimen local. Es decir, algo muy parecido a lo que ocurre en la actualidad donde podemos encontrar un conjunto normativo muy detallado en las normas de régimen local. De igual manera cabe indicar, eso sí, que el nuevo esquema de fuentes obliga a la reconcepción de ese régimen y a la utilización de los “materiales principales” que derivan del EBEP y, claro está, a marginar las referencias aplicativas de primer orden a la normativa de las Comunidades Autónomas que pasan así a un segundo escalón normativo en la configuración de la relación jurídica de los funcionarios locales.

Este esquema se completa en los que se refiere al personal laboral con lo indicado en el artículo 7 del EBEP que implica su aplicación con carácter preeminente sobre cualquier otra norma procedente de las Administraciones Públicas aunque, eso sí, completa su regulación con la integración de la normativa laboral. Podemos, por tanto,

las obligaciones determinadas por la legislación sobre función pública de la correspondiente Comunidad Autónoma y, en todo caso, las previstas en la legislación básica del Estado sobre función pública....”.

Al lado de estos supuestos de un cierto predominio autonómico en la determinación del contenido regulatorio y obligacional de los funcionarios públicos se encuentran otros preceptos de predominio de la legislación estatal. Así el artículo 145 del TR indica que “ el régimen de incompatibilidades de los funcionarios de la Administración Local es el establecido con carácter general para la función pública en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre y en las normas que dicte el Estado para su aplicación a los funcionarios de la Administración Local...” Asimismo el artículo 153 establece que “...los funcionarios de Administración Local sólo serán remunerados por las Corporaciones respectiva, por los conceptos establecidos en el artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto...”.

indicar que la determinación del régimen público aplicable al personal laboral que preste sus servicios en las Entidades Locales presenta una clara asimetría con el del personal funcionario ya que, en este ámbito, no hay opción a la concurrencia de primer orden (entre la legislación funcionarial y la legislación de régimen local) ni a la concurrencia de segundo orden (entre los mismos títulos en sede autonómica). La determinación sobre los aspectos de Derecho Público que deben aplicarse al personal laboral en todas las Administraciones Públicas incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP corresponde exclusiva y excluyentemente a éste.

Para cerrar este círculo aplicativo es necesario resolver si la atribución al EBEP de este régimen preeminente en lo aplicativo se realiza o no con carácter excluyente de cualquier otra norma dictada por las Administraciones Territoriales. Para resolver esta cuestión será necesario establecer el margen de actuación que el concepto “leyes reguladoras de la función Pública “ – a que se refiere el artículo 6 del EBEP- tiene en relación con la legislación aplicable al personal laboral.

De esta forma si estas leyes reguladoras incluyen preceptos referidos al personal laboral la atribución a la que nos referíamos anteriormente como efectuada por el artículo 7 del EBEP será concurrente en la parte que se refiere a los “actos separables” del Derecho público aplicables en la respectiva Comunidad Autónoma. Frente a esto las referencias a la legislación laboral substantiva no admiten desarrollo autonómico porque el título competencial de las comunidades Autónomas en este ámbito (el de la legislación laboral) no admite intervención normativa sino únicamente ejecutiva.

Frente a esto podría plantearse como alternativa que al referencia que se hace a las leyes reguladoras solo habilita la actuación legislativa que está permitida por el EBEP y que, como se ha indicado, no lo establece en la conformación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

A nuestro juicio la interpretación correcta es la primera, esto es, las leyes reguladoras de los respectivos modelos locales podrán desarrollar su propio modelo de régimen de personal laboral con un doble límite: el del EBEP y el de la normativa laboral. A partir de aquí y con el respeto de ambos límites la posición de la normativa autonómica es posible en cuanto opera sobre el régimen de Derecho Público del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas y se ubica directamente en el esquema de ordenación de fuentes a que nos venimos refiriendo como derivado del propio artículo 103.3 de la CE.

Desde una perspectiva de gestión no cabe negar que la regulación del personal local se presenta como ciertamente compleja y dispersa en su conjunto. Es cierto que otras partes del EBEP, especialmente los que se refieren a la estructura organizativa de la negociación colectiva, supone, sin embargo, un amplio margen de ventaja que realmente debe configurar un marco legal diferente al preexistente y que aporte una mejora en las capacidades de gestión y ordenación de los recursos humanos en el ámbito local. En todo caso la diversidad de organizaciones, sus peculiaridades y la

propia transformación del régimen prestacional de las entidades locales convierten la necesidad de encontrar un régimen holgado de gestión como una exigencia para el mantenimiento y la actualización de su régimen de personal como una exigencia real.

2.2. El nuevo artículo 92 de la LBRL

A) El esquema de fuentes

En el marco de lo que acaba de analizarse la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, procede a modificar la LBRL y, por tanto, se configura como una parte de la normativa estatal a la que se refiere el artículo 3º del EBEP. Es evidente que la redacción del nuevo artículo 92 es compleja porque establece un régimen propio de fuentes.

De esta forma el artículo 92 señala que “...1. Los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen, en lo no dispuesto en esta Ley, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las Comunidades Autónomas, en los términos del artículo 149.1.18.a de la Constitución...”.

De esta forma el problema es sencillo, el EBEP establece la prioridad de la normativa local y la LBRL asume dicha prioridad para llevar, de nuevo, el esquema de fuentes prioritario al EBEP. De esta forma se ha producido por el doble reenvío una alteración del régimen funcional de los empleados locales que pasa a hacer del EBEP el régimen central aplicable a los mismos. Es evidente que esto supone una opción por la centralización normativa de forma que se evite lo que realmente se había comenzado a producir y que era que las Comunidades Autónomas proyectarían sus propios modelos de organización respecto del ámbito local.

De esta forma el esquema final de fuente impone la remisión a la legislación local y la legislación local reenvía a la legislación común de función pública. Realmente si el objetivo (que puede ser razonable) es que se aplique la norma común de función pública con carácter prioritario y, con preterición, por tanto de la posibilidad de que las Comunidades Autónomas se conviertan en el elemento de referencia del régimen jurídico del personal al servicio de las Comunidades Autónomas, podría haberse explicitado de una forma más clara y sin tanta interpretación procedente del reenvío recíproco.

Debe recordarse, en este punto que los desarrollos integrales del EBEP que han efectuado las Comunidades Autónomas se sitúan en el ámbito de aproximar la regulación local al ámbito del régimen jurídico de las respectivas leyes autonómicas. Así, por ejemplo, el artículo 3º de la Ley de la Comunidad Valenciana⁶ señala dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la misma “...c) Las administraciones locales situadas

⁶ LEY 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana.

en el territorio de la Comunitat Valenciana a que se refiere el artículo 5, con las especificidades previstas en la disposición adicional séptima de esta ley...”. En el mismo sentido, la Ley del Empleo Público de Castilla-La Mancha⁷ incluye “... b) Las Administraciones de las entidades locales de Castilla-La Mancha...”. Estas dos referencias eran, sin duda, más directas que las que se contenían en las normas de función pública anteriores. Así, por ejemplo, la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña (1997)⁸ cuando se refería al ámbito subjetivo de aplicación incluía “...

c) Al personal al servicio de las corporaciones locales situadas en el territorio de Cataluña, en los términos que establece la legislación sobre función pública local...”.

B) Determinaciones de carácter adicional

En resto de indicaciones en relación con el régimen jurídico del personal al servicio de la Administración Local se centra en la determinación que se contiene en el apartado 2 del artículo 92 cuando señala que “...2. Con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración local y sus Organismos Autónomos serán desempeñados por personal funcionario...”⁹. Se introduce aquí la referencia más general que ya se contenía en el EBEP y que busca la reserva de la función pública convencional en el artículo 9.2 cuando señalaba que “...2. En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca...”.

El precepto que ahora analizamos va más allá de lo que establece el EBEP al intentar consagrar una preferencia sobre el régimen funcional sobre el régimen laboral del empleo público que no se contiene, como se ha visto, en el ámbito regulatorio del EBEP en el que la balanza se equilibra únicamente por la vía funcional

⁷ Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha.

⁸ Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública.

⁹ Recuérdese, en este punto, la propia evolución del artículo 92.2 que, en su redacción inicial, señalaba que “... 2. Son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a personal sujeto al Estatuto funcional, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función...”. Con vigencia hasta 30 de diciembre de 2013, el precepto señalaba que “... . Son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a personal sujeto al Estatuto funcional, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función...”.

mediante la reserva a los funcionarios de aquellas competencias que impliquen ejercicio de potestades públicas.

No obstante esta preferencia encuentra, posteriormente, una referencia limitativa en el apartado 3 del propio artículo 92 cuando señala que “...3. Corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función.»¹⁰. Este apartado se sitúa, claro está, en la formulación más ortodoxa que se contiene en el EBEP. Es cierto, sin embargo, que una lectura ordenada nos permite indicar lo que ha querido el legislador, con carácter prioritario, es establecer una preferencia del régimen de empleo público funcional sobre cualquier otro aunque, más adelante, lo que establece es una reserva funcional para una serie de puestos de trabajo que “necesariamente” deben ejercerse por funcionarios públicos.

Lo que es evidente es que la norma no explica el procedimiento por el que se puede eludir la “regla general” y, por tanto, se puede proceder a la contratación de personal laboral siempre, claro está, que no se haga dicha contratación en el ámbito de las funciones reservadas a los funcionarios públicos por imperativo de lo indicado en el apartado 3 del mismo artículo 92.

¹⁰ En la redacción inicial, el apartado 3 del artículo 92 establecía que “... 3. Son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios con habilitación de carácter nacional: a) La de Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo. b) El control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria y la contabilidad, tesorería y recaudación.

4. La responsabilidad administrativa de las funciones de contabilidad, tesorería y recaudación podrá ser atribuida a miembros de la Corporación o funcionarios sin habilitación de carácter nacional, en aquellos supuestos excepcionales en que así se determine por la legislación del Estado...”. Esta misma redacción se mantiene vigente con la entrada en vigor del EBEP y hasta la publicación de la Ley 27/2013, de 30 de diciembre. La redacción señalaba “.... 3. Son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios con habilitación de carácter nacional: a) La de Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo. b) El control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria y la contabilidad, tesorería y recaudación.

4. La responsabilidad administrativa de las funciones de contabilidad, tesorería y recaudación podrá ser atribuida a miembros de la Corporación o funcionarios sin habilitación de carácter nacional, en aquellos supuestos excepcionales en que así se determine por la legislación del Estado...”.

En este punto cabe indicar que la Entidad Local correspondiente deberá establecer, en términos de eficacia y principios generales de la ordenación de la Administración Pública (art 103 de la CE) que la fórmula elegida y configurada como excepcional es consecuencia de una mejor forma de prestación de los servicios o de la selección y ordenación de una determinada función. Lo que es claro es que se necesitará una justificación suficiente porque la decisión del legislador es la establecer una regla general y las excepciones exigirán justificación y motivación suficiente que, finalmente, podrá ser, incluso, objeto de fiscalización jurisdiccional.¹¹

¹¹ De alguna forma se introduce un esquema similar al que se ha producido como consecuencia de la prescripción que contiene la LOFAGE de que los cargos de Director General deben ser cubiertos, como regla, por funcionarios públicos salvo que una norma de organización específica permita que se cubran por quienes no tienen aquella condición. La característica jurisprudencial ha sido la de analizar si las "aperturas" a no funcionarios estaban o no justificadas en términos de cumplimiento de la regla general. La STS de 19 de febrero de 2013 establece la doctrina que justifica las referencias que realizamos cuando indica que "...a Ley citada en su Exposición de Motivos dedicó el apartado VIII al que denominó principio de profesionalización de la Administración General del Estado, y acerca de ello expuso que: "Como garantía de objetividad en el servicio a los intereses generales, la ley consagra el principio de profesionalización de la Administración General del Estado, en cuya virtud los Subsecretarios y Secretarios generales técnicos, en todo caso, y los Directores generales, con carácter general, son altos cargos con responsabilidad directiva y habrán de nombrarse entre funcionarios para los que se exija titulación superior. Además, a los Subdirectores generales, órganos en los que comienza el nivel directivo de la Administración General del Estado, también la ley les dispensa un tratamiento especial para subrayar su importancia en la estructura administrativa". Pronunciándose en estos términos la Ley pretendió dar efectividad a un principio que la doctrina había consagrado como el desideratum a lograr en el seno de la función pública, y que era el servicio en todo caso a los intereses generales, acuñándose para el mismo el término de principio de eficacia indiferente, separando así con carácter general el funcionamiento de la Administración en su propia actividad cotidiana, del impulso político que en determinadas circunstancias también puede caracterizar a la Administración.

Ese espíritu de la Ley se convirtió en norma en su artículo 6, que al referirse a la organización central de la Administración General del Estado distinguió entre órganos superiores y órganos directivos, e incluyó entre estos últimos a los Subsecretarios y Secretarios generales, los Secretarios generales técnicos y Directores generales, y los Subdirectores generales. Y en ese mismo artículo en su apartado 10 dispuso que "los titulares de los órganos directivos son nombrados, atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia", cerrando por último el artículo 18.2 de la Ley el círculo de la pretendida profesionalización de la Administración General que había establecido con carácter general con una excepción razonable, que plasmó del siguiente modo: "Los Directores generales serán nombrados y separados por real decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del titular del Departamento.

Los nombramientos habrán de efectuarse de acuerdo con los criterios establecidos en el apartado 10 art. 6 entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, a los que se exija para su ingreso el título de doctor, licenciado, ingeniero, arquitecto o equivalente, salvo que el real decreto de estructura del Departamento permita que, en atención a las características específicas de las funciones de la Dirección General, su titular no reúna dicha condición de funcionario".

Sobre esta cuestión, como es conocido, existe una Jurisprudencia consolidada de la Sala, que se inicia con la sentencia de 21 de marzo de 2.002 (RJ 2002, 2622), recurso ordinario 1.060/2.000, y que continúa con sentencias como las de 7 de diciembre de 2.005 (RJ 2006, 854), recurso 90/2004, 6 de marzo de 2.007 (RJ 2007, 803), recurso 23/2.006, 4 de junio de 2.008 (RJ 2008, 3118), recurso 26/2.006, 2 de julio de 2.008, recurso 81/2.005, 3 de septiembre de 2.010 (RJ 2010, 6579), recurso 528/2.008, 28 de septiembre de 2.010 (RJ 2010, 6845), recurso 49/2.008 y 10 de abril de 2.012 (RJ 2012, 5693), recurso 572/2.010, que siguen en lo esencial, los criterios sentados en la primera de ellas.

La inicial sentencia de 21 de marzo de 2.002, recurso 1.060/2.000, en el fundamento cuarto expresó lo que sigue: "La nueva regulación legal -Ley 6/1.997- consagra pues, un régimen riguroso de profesionalización (funcionarización, en realidad) de los más altos cargos de la estructura administrativa estatal, por encima de los cuales sólo se encuentran los Secretarios de Estado y los Ministros quienes, dada su cualidad de miembros del Gobierno (Ministros) o de titulares de órganos directamente responsables de la ejecución de la acción del Gobierno (Secretarios de Estado), no están, obviamente, sujetos a aquellos condicionamientos.

C) El criterio interpretativo en relación con la relación con la normativa autonómica.

Ciertamente lo que acaba de indicarse y la propia línea de tendencia en la se sitúa el conjunto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre no puede considerarse sencilla si la ponemos en relación con el propio marco constitucional, con el de la autonomía local y con el desarrollo que los respectivos Estatutos de autonomía han ido realizando en la ordenación de las competencias autonómica y locales. Probablemente el legislador era consciente de que la ambigüedad y de las dificultades que supone el replanteamiento organizativo que la propia Ley implica y para evitar los conflictos organizativos incluye en la propia Ley una Disposición Adicional – la tercera- que realmente tiene un componente interpretativo y didáctico que podemos resumir en la siguiente forma

- Reglas comunes de aplicación

Las disposiciones de esta Ley 27/2013, de 27 de diciembre, son de aplicación a todas las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de sus competencias exclusivas en

La excepción inserta en el artículo 18.2 de la Ley 6/1997 permite al Consejo de Ministros excluir que una determinada Dirección General sea servida, de modo obligado, por funcionario de carrera de nivel superior, exclusión que: a) Ha de venir contemplada, precisamente, en el Real Decreto de estructura del Departamento. b) Ha de tener como causa las "características específicas" de las funciones atribuidas a la Dirección General.

A partir de esta premisa, el Consejo de Ministros, como titular de la potestad de nombramiento, puede designar o bien a un funcionario o bien, como en este caso, a persona que no ostente dicho carácter, en el buen entendimiento de que la excepción se refiere tan sólo a la previa condición funcional pero no al resto de los criterios (profesionalidad y experiencia) exigibles".

Y en el siguiente de sus fundamentos -el quinto- puso de relieve que: "No siendo incondicionada la atribución que la Ley confiere al Consejo de Ministros para sustraer una determinada Dirección General a su régimen de provisión ordinario entre funcionarios de carrera, según hemos visto, la decisión de aquel órgano exige, para su validez, además del respeto de los elementos reglados, que la justificación sea objetiva y expuesta en términos que permitan comprender las razones por las cuales la decisión misma es adoptada.

Ciertamente la Ley 6/1997 no ha expresado qué "características específicas" hacen viable la excepción que analizamos, y lleva razón el Abogado del Estado al sostener que pueden ser no sólo las dos (confidencialidad e insuficiencia profesional del funcionariado de carrera) a las que se refiere la demanda, sino otras de signo diverso; ello no obstante, la interpretación más lógica del artículo 18.2 es que la exclusión de la reserva a favor de funcionarios de carrera con título superior vendrá justificada, normalmente, por el hecho de que las funciones de una determinada Dirección General no se correspondan con las correlativas, en cuanto a preparación, experiencia y cometido, asignadas a aquellos funcionarios.

No hay inconveniente en reconocer que el Consejo de Ministros goza de un cierto margen de apreciación (de discrecionalidad, en suma) para apreciar qué tipo de características singulares aconsejan hacer uso de la potestad que, en definitiva, le ha reconocido el Legislador. Margen de apreciación que, además, se corresponde con la naturaleza estructural de este género de decisiones, pertenecientes a un ámbito tradicionalmente reservado a la potestad autoorganizativa en el que -sin la presencia del artículo 18.2 de la Ley- sería incluso difícil reconocer la legitimación de los funcionarios para impugnarlas.

La existencia del componente discrecional no impide, como ambas partes convienen en admitir, el control jurisdiccional del acto adoptado. ("y sí debemos, examinar si en el caso de autos el ejercicio de la facultad atribuida al Consejo de Ministros se hizo en términos acordes con la Ley habilitante".

materia de régimen local asumidas en sus Estatutos de Autonomía, en el marco de la normativa básica estatal y con estricta sujeción a los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y racionalización de las estructuras administrativas.

El precepto interpretativo, curiosamente centrado en una cuestión como la que aquí se plantea de encaje entre las determinaciones estatales y las que pueden proceder del ámbito del ejercicio competencial de las Comunidades Autónomas por la eventual desincronía entre las regulaciones del EBEP y de la LBRL se resuelve indicando que se aplica la normativa estatal “sin perjuicio” de la competencia exclusiva de aquellas Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias en esta materia. La forma de resolver el conflicto normativo así realizada no puede considerarse que zanje definitivamente el problema y nos reconduce a la interpretación concreta en el ámbito de las diferencias y las cuestiones puntuales que puedan producirse en cada momento. Eso sí, unas y otras quedan condicionadas por la regulación de estabilidad presupuestaria que aparece como una paraguas común de aplicación en ambos casos.

- Reglas específicas de aplicación

En el caso de las Comunidades Autónomas con un sistema institucional propio, las referencias de esta Ley a las Diputaciones provinciales se entenderán efectuadas a los entes locales supramunicipales previstos en los correspondientes Estatutos de Autonomía a los que se atribuyen competencias en materia de asistencia y cooperación a los municipios y prestación de servicios públicos locales.

- La aplicación concreta a la Comunidad Autónoma de Aragón

La aplicación de la Ley 27/2013 en la Comunidad Autónoma de Aragón se realizará teniendo en cuenta el régimen especial de organización institucional previsto en su Estatuto de Autonomía en materia de régimen local, en virtud del cual, la Comunidad Autónoma aplicará las competencias previstas en esta Ley en los distintos niveles de la administración con sujeción a la Constitución, al contenido básico de esta Ley y a los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y racionalización de las estructuras administrativas.

D) Fijación de la competencia en materia de selección.

Finalmente el régimen jurídico del personal se trasluce en la modificación del artículo 100.1 de la LBRL que, en consonancia con lo indicado hasta aquí, recuerda que la competencia de selección de los funcionarios públicos locales corresponde a cada Corporación local con la excepción de los funcionarios con habilitación de carácter nacional en tanto, como queda dicho, se trata de una escala gestiona, tras la reforma, por la Administración General del Estado.

3.- EL PERSONAL LABORAL Y SUS MODIFICACIONES

3.1.- Definición y contenido del concepto de masa salarial en el ámbito de las Administraciones Locales.¹²

Se refiere a esta cuestión el artículo 27 de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre que introduce un nuevo artículo 103 bis en el ámbito de la LBRL. Esta regulación podemos situarla en los siguientes parámetros:

A) Definición y obligación de aprobación.

El apartado 1 del artículo 103 bis establece que “..1. Las Corporaciones locales aprobarán anualmente la masa salarial del personal laboral del sector público local respetando los límites y las condiciones que se establezcan con carácter básico en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado...”.

El concepto de masa salarial tiene una cierta tradición en el ámbito presupuestario y se configuraba históricamente como el instrumento que coordinaba la habilitación presupuestaria genérica de gastos de personal en el ámbito de una organización o una plantilla cifrando el volumen máximo de gasto que la misma tenía a los efectos de su propia administración o, incluso, en el margen de la negociación colectiva.

Este mismo concepto se introduce ahora de forma expresa y por imperativo legal para todas las Corporaciones Locales. A esto se añade una idea central: la vinculación de dicha aprobación con los límites y condiciones que se establezcan con carácter básico en el ámbito de los Presupuestos Generales del Estado.¹³

¹² Boltaina Bosch X.: La extinción de los contratos de trabajo en la Administración Pública por insuficiencia de consignaciones presupuestarias. Temas laborales. Núm. 65. 2002; Arias Domínguez A.: La insuficiencia presupuestaria de las Administraciones Públicas o Entidades sin ánimo de lucro contratantes como causa de despido objetivo. Aranzadi Social. Núm. 6. Navarra.2005

¹³ Como ejemplo, el artículo 20 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 establece “.... Uno. A efectos de lo establecido en el presente capítulo, constituyen el sector público:

- a) La Administración General del Estado, sus Organismos autónomos y Agencias estatales y las Universidades de su competencia.
 - b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas, los Organismos de ellas dependientes y las Universidades de su competencia.
 - c) Las Corporaciones locales y Organismos de ellas dependientes.
 - d) Las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.
 - e) Los Órganos constitucionales del Estado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 72.1 de la Constitución.
 - f) Las sociedades mercantiles públicas, entendiéndose por tales aquéllas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las Administraciones y entidades enumeradas en este artículo sea superior al 50 por ciento.
 - g) Las entidades públicas empresariales y el resto de los organismos públicos y entes del sector público estatal, autonómico y local.
 - h) Las fundaciones del sector público y los consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y Organismos que integran el sector público.
 - i) El Banco de España en los términos establecidos en la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España.
- Dos. En el año 2014, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar ningún

Debemos recordar, en este punto, que la limitación presupuestaria del conjunto de los salarios públicos es algo admitido, primero, por la propia jurisprudencia constitucional, y, como consecuencia de lo anterior, por la normativa de estabilidad presupuestaria que, recordemos, tiene por objeto "... el establecimiento de los principios rectores, que vinculan a todos los poderes públicos, a los que deberá adecuarse la política presupuestaria del sector público orientada a la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, como garantía del crecimiento económico sostenido y la creación de empleo, en desarrollo del artículo 135 de la Constitución Española....".

Finalmente, es el artículo 11 de la LO 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera el que instrumenta este principio sobre la base de indicar que "... 1.La elaboración, aprobación y ejecución de los Presupuestos y demás actuaciones que afecten a los gastos o ingresos de las Administraciones Públicas y demás entidades que forman parte del sector público se someterá al principio de estabilidad presupuestaria..." o, incluso, en el apartado 4 cuando señala que "... 4. Las Corporaciones Locales deberán mantener una posición de equilibrio o superávit presupuestario....".

En consideración a lo anterior podemos indicar que se trata de un instrumento específico en el que concretar obligaciones genéricas que proceden de otros ámbitos regulatorios.

B) Extensión

Es el apartado 2 del propio artículo 133 bis el que establece que "...La aprobación indicada en el apartado anterior comprenderá la referente a la propia Entidad Local, organismos, entidades públicas empresariales y demás entes públicos y sociedades mercantiles locales de ella dependientes, así como las de los consorcios adscritos a la misma en virtud de lo previsto en la legislación básica de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de las fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de las entidades citadas en este apartado.

b) Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades....".

Se trata de establecer un concepto general del sector público local en línea muy cercana a la que estableció la propia Ley General Presupuestaria y evitar, por tanto que el ejercicio del derecho de personificación acabe confundiendo las propias cuentas.

incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2013, en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo.

Por esta razón se establece un concepto que es acorde con el que establece, a su vez, la normativa europea y la general de nuestro ámbito presupuestario y evidencia la idea de completitud de la regulación con independencia de los aspectos puramente nominales y ligados a la capacidad de organización. Lo que realmente importa es donde existe dinero público detrás con independencia de su denominación y organización.

C) Publicidad

El apartado 3 del artículo 133. Bis de la LBRL establece un elemento adicional de publicidad cuando señala que “...3. La masa salarial aprobada será publicada en la sede electrónica de la Corporación y en el Boletín Oficial de la Provincia o, en su caso, de la Comunidad Autónoma uniprovincial en el plazo de 20 días.»

3.2.- Prescripciones relativas a los contratos mercantiles y de alta dirección.

Se trata de una regulación contenida en la Disposición Adicional duodécima de la LBRL, tras la reforma de la Ley 27/2013, de 30 de diciembre y según la cual “... Las retribuciones a fijar en los contratos mercantiles o de alta dirección suscritos por los entes, consorcios, sociedades, organismos y fundaciones que conforman el sector público local se clasifican, exclusivamente, en 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.

Las retribuciones complementarias, comprenden un complemento de puesto y un complemento variable. El complemento de puesto retribuiría las características específicas de las funciones o puestos directivos y el complemento variable retribuiría la consecución de unos objetivos previamente establecidos....”. Se trata de una medida de uniformidad en el ámbito de las relaciones laborales de carácter superior y que podríamos encuadrar en la disciplina de organización o, en expresión más próxima al Derecho laboral, en un derecho o reglas de empresario que, ciertamente, enervan, de alguna forma la libertad contractual por la vía de someter a las propias organizaciones a una disciplina central en su propia capacidad de pactar y de fijar cláusulas en el marco del derecho laboral.

Este derecho del “empresario público” se completa con las siguientes determinaciones:

“... Corresponde al Pleno de la Corporación local la clasificación de las entidades vinculadas o dependientes de la misma que integren el sector público local, en tres grupos, atendiendo a las siguientes características: volumen o cifra de negocio,

número de trabajadores, necesidad o no de financiación pública, volumen de inversión y características del sector en que desarrolla su actividad....”¹⁴

Finalmente debe indicarse que existen dos elementos de fijación homogénea del régimen jurídico de estos contratos:

Necesidad de adaptación:

Se contiene en el apartado 6 de la Disposición Adicional cuando señala que “..6. El contenido de los contratos mercantiles o de alta dirección celebrados, con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, deberá ser adaptados a la misma en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor. La adaptación no podrá producir ningún incremento, en relación a su situación anterior.

Las entidades adoptarán las medidas necesarias para adaptar sus estatutos o normas de funcionamiento interno a lo previsto en esta Ley en el plazo máximo de tres meses contados desde la comunicación de la clasificación.

b) Derechos como consecuencia del cese en la condición de alto directivo.

La extinción de los contratos mercantiles o de alta dirección no generará derecho alguno a integrarse en la estructura de la Administración Local de la que dependa la entidad del sector público en la que se prestaban tales servicios, fuera de los sistemas ordinarios de acceso.

2. BIBLIOGRAFÍA Y LECTURAS RECOMENDADAS

ARIAS DOMÍNGUEZ A.: “La insuficiencia presupuestaria de las Administraciones Públicas o Entidades sin ánimo de lucro contratantes como causa de despido objetivo”. *Aranzadi Social*. Núm. 6. Navarra, 2005.

ARROYO YANES, L. M.: “La ordenación de la actividad profesional en el Estatuto Básico del Empleado Público: planificación de recursos humanos y estructuración del empleo público”, en: *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*. Dir. Linde Paniagua, E. Madrid, 2008

¹⁴ Esta determinación se completa con la indicación de que “... Esta clasificación determinará el nivel en que la entidad se sitúa a efectos de:

- a) Número máximo de miembros del consejo de administración y de los órganos superiores de gobierno o administración de las entidades, en su caso.
- b) Estructura organizativa, con fijación del número mínimo y máximo de directivos, así como la cuantía máxima de la retribución total, con determinación del porcentaje máximo del complemento de puesto y variable...”.

BOLTAINA BOSCH X.: “La extinción de los contratos de trabajo en la Administración Pública por insuficiencia de consignaciones presupuestarias”. *Temas laborales*. Núm. 65. 2002;

- “Empleo público y medidas de ajuste extintivas de los contratos de trabajo para hacer frente a la crisis de las entidades locales”, En AA. VV.: *El empleo público local ante la crisis*, Granada: CEMCI, Fundación Democracia y Gobierno Local 2011,

CANTERO MARTÍNEZ, J. “El debate sobre la externalización y el número de funcionarios en nuestras Administraciones Públicas”. En: *Crisis económica y función pública*. Fuentetaja Pastor. J y Cantero Martínez. J. Madrid.2012.

-“Las medidas de racionalización de plantilla en el empleo público local y en un contexto de contención fiscal. En: *Cuadernos de Derecho Local*. Vol. 28. Febrero. 2012.

MAESO SECO L. “La función pública local” En: *Derecho local de Castilla-La Mancha*. DELGADO PIQUERAS F. (Dir.) Madrid: IUSTEL. 2013. Págs. 355 y siguientes).

GORRITI. M. “La organización y los recursos humanos de la Administración en tiempos de crisis: Un modelo de legitimidad y compromiso”. En: *Observatorio de Recursos Humanos y Relaciones Laborales*. No 65, págs.: 59-66. Madrid, ORH

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, “¿Qué hacer? El empleo público local ante la crisis: políticas de ajuste en un marco de reformas”, en AA. VV., *El empleo público local ante la crisis*, Granada: CEMCI, Fundación Democracia y Gobierno Local 2011.

LONGO. F. Y ZABRA M. “Pensar lo público”. CEMCI. Granada. 2000

PALOMAR OLMEDA. A. “Derecho de la Función Pública”. Madrid: Dykinson. 10ª. Ed. 2013.

PRATS I CATALÁ, J.: “Política, gestión y administración de recursos humanos en las Administraciones Públicas”. *Documentación Administrativa*, núm. 210-211. Madrid, 1987

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “La situación actual del empleo público”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 10, febrero de 2010



EL RECURSO DE ALZADA EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

Alberto PENSADO SEIJAS

*Técnico de Administración General.
Ayuntamiento de Monforte de Lemos*

El presente artículo versa sobre la aplicabilidad del denominado “*recurso de alzada impropio*” en el ámbito de las Entidades Locales y sus posibles manifestaciones a lo largo de las diferentes materias que inciden en las mismas. Resaltar la excepcionalidad del mismo y la enumeración abierta de los casos que pueden darse en la esfera competencial local.

SUMARIO:

1. Configuración del recurso de alzada en la Administración Local.
2. Supuestos de aplicación.
 - 2.1 Personal.
 - 2.2 Urbanismo.
 - 2.3 Tesorería.
 - 2.4 Contratación.

1. CONFIGURACIÓN DEL RECURSO DE ALZADA EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

Como pone de manifiesto Lliset Borrell, el recurso de alzada en la Administración Local es un recurso extraordinario o, si se quiere excepcional. Esta excepcionalidad deviene en la carestía jerárquica en la orden local. Los actos dictados por el Pleno, la Comisión de Gobierno y el Alcalde o Presidente ponen fin a la vía administrativa, salvo cuando sus decisiones exijan la aprobación ulterior del Estado o de la Comunidad Autónoma, o cuando ejerzan competencias delegadas de otras Administraciones y proceda recurso ante éstas. Como el recurso de alzada solo se puede interponer contra las resoluciones y actos que, siendo susceptibles de recurso, no pongan fin a la vía administrativa, de ahí que contra los actos de los órganos de gobierno locales sólo quepa recurso potestativo de reposición. En consecuencia el art.52 de la LBRL señala:

“Artículo 52.

1. Contra los actos y acuerdos de las Entidades locales que pongan fin a la vía administrativa, los interesados podrán ejercer las acciones que procedan ante la jurisdicción competente, pudiendo no obstante interponer con carácter previo y potestativo recurso de reposición.

2. Ponen fin a la vía administrativa las resoluciones de los siguientes órganos y autoridades:

a. Las del Pleno, los Alcaldes o Presidentes y las Juntas de Gobierno, salvo en los casos excepcionales en que una ley sectorial requiera la aprobación ulterior de la Administración del Estado o de la comunidad autónoma, o cuando proceda recurso ante éstas en los supuestos del artículo 27.2.

b. Las de autoridades y órganos inferiores en los casos que resuelvan por delegación del Alcalde, del Presidente o de otro órgano cuyas resoluciones pongan fin a la vía administrativa.

c. Las de cualquier otra autoridad u órgano cuando así lo establezca una disposición legal.

Este recurso podrá interponerse, continuando con Lliset Borrell, en los siguientes supuestos: contra los actos de los órganos territoriales desconcentrados; los actos de los órganos especiales de administración constituidos para la gestión de un servicio local; contra los actos de los Organismos Autónomos locales cuando en sus Estatutos el Ayuntamiento se reserve la resolución de dicho recurso; contra los actos de las Gerencias Urbanísticas que adopten la forma de órgano desconcentrado o de organismo autónomo; contra las providencias de apremio que dicte el Tesorero; contra los actos, sujetos al derecho administrativo, dictados por las Juntas de Compensación; contra los actos dictados por los órganos de gobierno locales en ejercicio de una competencia delegada por otra Administración pública que se hubiese reservado la resolución del recurso contra los actos dictados por el delegado; y contra los actos de los concesionarios en el ejercicio delegado de funciones de policía (art. 126 RS).

Partiendo de la base de los ejemplos dados por el citado autor, establezcamos a continuación una enumeración más detallada.

2.- SUPUESTOS DE APLICACIÓN

Queremos diferenciar en primer lugar los distintos ámbitos en los que puede darse. Diferenciando por lo tanto las materias de: personal, urbanismo, tesorería y contratación, entre otras.

Por otro lado expresar que los distintos supuestos, no pretenden en modo alguno establecer un “*numerus clausus*”, sino que son meramente enunciativos dejando la lista abierta a cualquier otro que tenga cabida en la misma.

De igual modo todos los ejemplos citados no son unánimes para la doctrina, por lo que son ilustrativos y base para ser objeto de disquisiciones futuras.

2.1 Personal

Contra los **acuerdos de Tribunales de oposiciones** que se resuelven por el Alcalde o persona que nombró al presidente de dicho tribunal (se presume aquí cierta relación de jerarquía, que sería funcional).

En este punto es conveniente traer a colación la obra “**Administración local práctica: casos prácticos jurídicos y económicos**” realizada por Francisco de Paula AGUILERA GONZÁLEZ y José Miguel CARBONERO GALLARDO.

Ahora bien, qué clase de actos administrativos producen los Tribunales Selectivos. No parece cuestionable que el tipo de acto administrativo, dentro del procedimiento de selección en su conjunto, responde a la categoría de los de trámite. El siguiente paso sería considerar si, como tales actos de trámite, serían susceptibles o no de recurso.

Según este planteamiento, debe decirse que los pronunciamientos que efectúa el Tribunal en muchos casos pueden considerarse actos de trámite cualificados.

Según lo expuesto, cabe concluir que la intervención de un Tribunal en un procedimiento de selección, genera actos administrativos, que sin resolver el procedimiento, pueden tener carácter cualificado, en aras de ser válidos para la interposición de recurso de alzada.

Artículo 114. Objeto.

1. Las resoluciones y actos a que se refiere el artículo 107.1, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en alzada ante el órgano superior jerárquico del que los dictó.

A estos efectos, los Tribunales y órganos de selección del personal al servicio de las Administraciones públicas y cualesquiera otros que, en el seno de éstas, actúen con autonomía funcional, se considerarán dependientes del órgano al que estén adscritos o, en su defecto, del que haya nombrado al presidente de los mismos.

Sobre el particular la doctrina tradicional se ha mostrado muy reticente a admitir un recurso de alzada contra las decisiones de dichos órganos, siguiendo una teoría partidaria de minimizar el impacto intrusivo del recurso de alzada contra los actos de trámite en el seno de los procedimientos administrativos locales, a tenor del 107.1.2.

Admitir la interposición de recursos de alzada contra actos de trámite, cuya finalidad es emitir un dictamen o informe técnico sobre una cuestión, puede elevar la proliferación de los mismos, enturbiando la propia noción de procedimiento administrativo y los cimientos propios del régimen jurídico de los recursos administrativos. Y recuérdese que el artículo 52 de la LBRL no establece una estructura jerarquizada de sus órganos, base sustancial del recurso de alzada, sino que opta por el principio de competencia para el reparto de atribuciones.

Otros autores, sin embargo, han venido defendiendo, con arreglo al artículo 114.1 último inciso, que sí procede para los casos excepcionales a que hace referencia el mismo, el recurso de alzada en la Administración Local.

Favorable a esta posición doctrinal es la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1993, en la cual se admite el recurso de alzada interpuesto contra la propuesta de un Tribunal calificador de una Diputación Provincial ante el órgano que nombró a dicho Tribunal, lo que sería contrario a cuanto acabamos de exponer. Pero esta Sentencia resuelve un caso planteado con anterioridad a la entrada en vigor de la LBRL, cuyo artículo 6 omite el principio de jerarquía en la organización de los Entes Locales; principio que como queda dicho es el que fundamenta y da viabilidad al recurso de alzada.

Un argumento que se venía manejando por los autores para rechazar la admisibilidad del recurso de alzada contra las actuaciones de los Tribunales de Selección, era precisamente que con arreglo al artículo 4.f) del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se aprueban las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de la Administración Local, en los procedimientos de selección era el propio Alcalde o Presidente de la Corporación quien a su vez presidía el propio Tribunal u órgano selectivo, o miembro

de la Corporación en quien delegara, de acuerdo con el principio de presidencia nata de todos los órganos colegiados.

No obstante con la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), la cuestión se ha enturbiado más todavía, como ha expresado la Redacción de El Consultor, en la consulta titulada “Posibilidad de recurso de alzada frente a los Tribunales de selección de personal”, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 18, quincena 30 de sept.-14 de oct. De 2007, pág. 2932, tomo 2, puesto que su artículo 60 establece que el personal de elección o designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección.

Sin entrar ahora en la polémica que ha suscitado tal precepto, lo cierto es que ha ocasionado una separación entre la instrucción del procedimiento, a cargo del Tribunal, cuya función termina en la elaboración de una propuesta, que se eleva, en fase ya de resolución, al Alcalde o Presidente de la Corporación, para que dicte el acto administrativo resolutorio que finaliza el procedimiento selectivo.

Se genera así, una posición jurídica más favorable a la admisibilidad del recurso de alzada en el ámbito local, acorde con el art. 114.1 de la LPAC.

En conclusión, estimamos que procede la interposición de recurso de alzada contra las actuaciones de los Tribunales de Selección, sin necesidad de esperar a la finalización del procedimiento por resolución de la Presidencia de la Corporación, para alegar la oposición a los actos de trámite emitidos por los Tribunales de Selección.

2.2 Urbanismo

Casos de impugnación de acuerdos de las entidades urbanísticas colaboradoras, ya sea en la forma de juntas de compensación, entidades urbanísticas de conservación o similares, claro está con sus peculiares características.

Tanto en la legislación estatal como en las diferentes Comunidades Autónomas, encontramos diversos artículos que establecen la posibilidad de plantear el recurso de alzada.

En el **ámbito estatal** el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana, establece:

“Artículo 184.

Contra los acuerdos de la Junta de Compensación, los interesados podrán interponer recurso de alzada ante la Administración actuante, en el plazo de quince días, sin perjuicio de los de carácter interno que, en su caso, establecieren los Estatutos.”

Respecto a la legislación urbanística de las **distintas Comunidades Autónomas**, podemos encontrar los siguientes ejemplos:

- Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia.

“Artículo 155.

7. Los acuerdos de la Junta de Compensación serán recurribles ante el municipio.”

“Artículo 110. Ejecución y conservación de obras de urbanización.

6. Contra los acuerdos de la entidad urbanística de conservación cabrá formular recurso de alzada ante el órgano municipal competente.”

- Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía:

“Artículo 134. La Junta de Compensación.

5. Contra los acuerdos de la Junta de Compensación podrá deducirse en todo caso recurso ante el Ayuntamiento, cuya resolución agotará la vía administrativa”.

- Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña.

“Artículo 123. Entidades urbanísticas colaboradoras.

1. Son entidades urbanísticas colaboradoras las juntas de compensación, las asociaciones administrativas de cooperación, las juntas de conservación, y las previstas en el artículo 138.4. Todas estas entidades se constituyen mediante documento público y adquieren personalidad jurídica al hacer la inscripción en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras de la Dirección General de Urbanismo.

2. Los acuerdos de los órganos de las entidades urbanísticas colaboradoras relativos a materias de carácter administrativo son susceptibles de recurso administrativo ante el ayuntamiento respectivo.”

- Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo de Asturias.

Artículo 175. Junta de Compensación.

1. *La Junta de Compensación tendrá personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. La Administración la reconocerá a todos los efectos desde que se acredite su constitución por cualquier medio válido en Derecho y se inscriba en el Registro administrativo correspondiente.*

2. *Los cargos en el órgano rector podrán recaer en personas físicas o jurídicas, a través, en este caso, de su representante. La Administración urbanística actuante podrá designar un representante en el mismo, con independencia de la participación que le corresponda, en su caso, por ser propietaria de terrenos en el polígono o unidad de actuación.*

3. *Los acuerdos de la Junta serán susceptibles de recurso ante el Ayuntamiento.*

Artículo 80. Características del sistema.

1. *El sistema de compensación podrá utilizarse a iniciativa del propietario o los propietarios a los que corresponda al menos el 50 % del aprovechamiento de la unidad de actuación.*

2. *En el sistema de compensación, los propietarios asumirán el papel de urbanizador, constituidos en Junta de Compensación, y representados por el órgano directivo de la misma, en el que estará representado el Ayuntamiento.*

- Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León.

Artículo 81. Junta de compensación.

2. *La Junta de Compensación tendrá naturaleza administrativa, personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Contra sus acuerdos podrá interponerse recurso ordinario ante el Ayuntamiento.*

- Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria.

Artículo 151. Junta de Compensación.

1. *La Junta de Compensación tendrá personalidad jurídica, naturaleza administrativa y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.*
2. *Un representante de la Administración formará parte, en todo caso, de su órgano rector.*
3. *Los acuerdos de la Junta se adoptarán por mayoría simple de cuotas de participación, salvo la aprobación del Proyecto de compensación que requerirá la mayoría absoluta de cuotas y aquellos otros para los cuales los Estatutos exijan una mayoría cualificada. En ausencia de otras cuotas de participación dichos porcentajes computarán en atención al derecho o interés económico de cada miembro expresado por la superficie de la unidad de actuación de que sea propietario.*
4. *Contra los acuerdos de la Junta cabe recurso de alzada ante el Alcalde en el plazo de un mes.*

2.3 Tesorería

Las providencias de apremio emitidas por el Tesorero.

Emilio FERNÁNDEZ AGÜERO ha tocado con acierto este tema en su obra **“Manual de tesorería y recaudación”**, del cual podemos extraer los siguientes fragmentos:

“¿Cómo vienen resolviendo los Tesoreros este problema? ¿Dictan providencias de apremio y resuelven en recurso de reposición su impugnación? ¿Se otorga recurso de alzada ante el Alcalde tras la resolución por el tesorero del recurso de reposición, o se da directamente pie para acudir a la vía contenciosa administrativa?”

La solución adoptada en cada Ayuntamiento es muy diferente. Ante las distintas alternativas que se ofrecen en cada lugar, no se puede decir, que estemos, los tesoreros, contribuyendo al principio de seguridad jurídica:

- En algunos sitios se da recurso de reposición ante el Tesorero y posterior recurso contencioso administrativo directamente.

- En otros, recurso de reposición ante el Tesorero y posterior recurso de alzada ante el Alcalde, para, por último, otorgar recurso contencioso administrativo.

-En otros Ayuntamientos se encuentra establecido el criterio manifestado por la D.G.C.H.T. en sus informes de fecha 4/7/89 y 6/6/95, es decir, diferenciando la vía de recursos posibles en función de la materia de que se trate:

Si esta es tributaria: recurso de reposición ante el Tesorero y posterior recurso contencioso administrativo.

Si esta no es tributaria: recurso de reposición ante el Tesorero, frente al que cabe recurso de alzada ante el Alcalde, y, por último, recurso contencioso administrativo.

También en determinados lugares se sigue dando lo que indicaba la contestación de la D.G.C.H.T. de fecha 3 de abril de 1995, es decir, frente a una providencia de apremio dictada por el Tesorero se otorga un recurso de reposición ante el Alcalde.

Algunas de estas soluciones adoptadas, a mi modo de ver, resultan un tanto antijurídicas, como, por ejemplo, la última reseñada.

No se ha llegado a comprender, y se tiene un miedo atroz, que el Tesorero dicte las providencias de apremio, verdaderos actos administrativos, y más aún, la lógica consecuencia que se deriva de la atribución anterior, que resuelva los recursos que se interpongan contra las mismas, dando pie, nada más y nada menos, que, tras esta resolución éste acto sea el que ponga fin a la vía administrativa, siendo “definitivo”, “causando estado”, y se tenga que acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.

Entonces, ¿qué venía ocurriendo? Pues ante el lógico temor de ser los tesoreros los que tuvieran la última palabra en un Ayuntamiento, se abrió un recurso impropio que consistía en permitir el recurso de reposición ante el Alcalde-Presidente, lo cual no deja de ser una “aberración jurídica”, pues el recurso de reposición, que por ley debe ser resuelto por el órgano que ha dictado el acto, era resuelto por otro órgano municipal unipersonal, el Alcalde, como si de un recurso de alzada se tratara, (al depender el Tesorero jerárquicamente del Alcalde).”

2.4 Contratación

Actuaciones llevadas a cabo por las Mesas de Contratación.

En relación al régimen de recursos frente a los actos de la mesa de contratación, es ilustrativo el criterio sentado por la Junta Consultiva de Contratación del Estado, en su Informe 48/2008, de 29 de enero de 2009:

“los actos de trámite anteriores a la adjudicación provisional son dictados por la Junta de Contratación, cuando la haya, como si lo son por la Mesa de contratación, se trata de actos que no agotan la vía administrativa, por lo que deberán ser objeto de

recurso de alzada ante el órgano (Alcalde o Pleno, según los casos) que sea el superior jerárquico de la Mesa por estar ésta adscrita a él (art. 114 de la Ley 30/1992)”.

Siguiendo, por tanto, el criterio mantenido en el referido informe, el cual ha sido reiterado por otras Juntas Consultivas, como la de la Comunidad de Aragón en su Informe 12/2009. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa resuelve la consulta realizada por el Secretario General Técnico del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón, en la que solicita informe respecto a las actualizaciones realizadas en los Pliegos tipo de Cláusulas Administrativas Particulares para contratos de obras, suministros y servicios, por procedimientos abiertos, negociados con y sin publicidad y suministros Acuerdos Marco, por procedimiento abierto, para su adaptación a la prescripciones del RD 817/2009, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP. La Junta informa favorablemente sobre la aprobación del pliego objeto de apreciación con las modificaciones introducidas por el referido RD y que afectan, entre otras, a las actuaciones de la Mesa de Contratación, al contenido de los sobres relativos a las propuestas sujetas a evaluación previa y a evaluación posterior, por otro lado, se incorporan a los pliegos todos los procedimientos abiertos con varios criterios de adjudicación, la designación de un comité de expertos o un organismo técnico especializado cuando los criterios sujetos a evaluación previa superen el 50 % del total de la ponderación, también se modifica la redacción de la cláusula relativa a la integración de la solvencia con medios externos, permitiendo que una misma empresa complete la solvencia de varios licitadores, salvo que expresamente se prohíba esta posibilidad y se incluyen, como anexos, los modelos correspondientes a la Declaración responsable de no estar la empresa incurso en prohibiciones para contratar y a la Declaración de haber tenido en cuenta en la presentación de la oferta las obligaciones en materia laboral y medioambiental.

Por último, Lliset establecía en la enumeración citada al principio del artículo, como supuesto de alzada el art. 126.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales:

“Artículo 126.

3. *Los actos de los concesionarios realizados en el ejercicio de las funciones delegadas serán recurribles en reposición ante la Corporación concedente, frente a cuya resolución se admitirá recurso jurisdiccional con arreglo a la Ley.”*

Pero el texto es inequívoco, y establece el recurso de reposición y no alzada, pues el concesionario emite actos en ejercicio de funciones delegadas, como si los emitiera la propia Administración delegante, ya que la competencia en la materia no ha sido en ningún momento desplazada.

Por ello entendemos que este supuesto no estaría incluido en los de alzada.

El “Caso Navarro”.

La peculiar institución del Tribunal Administrativo Navarro, no podía pasar inadvertida en la materia objeto de este artículo.

Podemos extraer de su **información institucional** que el Tribunal Administrativo de Navarra hunde sus raíces en el Real Decreto-Ley de 4 de noviembre de 1925, que aprobó las Bases para la aplicación en Navarra del Estatuto Municipal de 1924, y que establecía en su Base 11ª lo siguiente:

"La Diputación organizará un Tribunal Administrativo, con funciones delegadas de la misma, para resolver los recursos en que entiende esta Corporación".

Dichos recursos habrían de fundarse en la infracción de leyes, reglamentos o disposiciones administrativas, pudiendo interponerlos **cualquier vecino aunque no le afectara personalmente la resolución municipal**.

Como podemos observar la **legitimación pasiva es muy amplia**, superando con creces la del “*interesado*”, requiriendo la mera condición de vecino, que por otro lado se adquiere simplemente por la inscripción en el registro administrativo del Padrón de habitantes del concreto Ayuntamiento.

Con lo cual incluso podría reclamar el que figure empadronado, sin que resida físicamente en el propio Ayuntamiento.

Esta *hiperlegitimación*, si bien parece hundir sus raíces en una idea amplia de los intereses de la población en el quehacer de las Entidades Locales, lo cual es loable, en la práctica puede llegar a saturar al órgano, pues la proliferación de reclamaciones sobre un mismo asunto podría ser tanta como vecinos ostente la entidad.

El Tribunal Administrativo de Navarra recibió su **reconocimiento legal postconstitucional** en la vigente Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de Administración Local de Navarra (antes también en la Ley Foral 2/1986, de 17 de abril, reguladora del control por el Gobierno de Navarra de la legalidad y del interés general de las actuaciones de las entidades locales de Navarra, derogada por aquella). Dicha Ley Foral 6/1990 fue modificada por la Ley 11/2004, de 29 de octubre, pero no cambió la competencia ni las funciones del Tribunal.

Según establece el art. 333 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de Administración Local de Navarra, el **Tribunal Administrativo de Navarra (TAN)** tiene competencia para conocer de los recursos de alzada que contra “*los actos y*

acuerdos de las entidades locales de Navarra sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa" planteen los interesados y vecinos de dichas entidades locales.

Por actos y acuerdos de las entidades locales hay que entender, desde la óptica de la regulación contencioso-administrativa, que es a la que se remite la Ley Foral 6/1990 citada, todas las disposiciones de carácter general, actos expresos y presuntos, la inactividad de la Administración local así como las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho.

La **función** genérica del Tribunal de conocer y **resolver los recursos de alzada** que se le planteen, se concreta en decidir sobre el fondo de la cuestión o cuestiones debatidas (estimando, parcial o totalmente, o desestimando el recurso) o en declarar la inadmisibilidad del recurso por la concurrencia de alguna de las causas previstas en el Reglamento regulador del procedimiento del recurso de alzada.

La ejecución de las resoluciones del Tribunal Administrativo corresponde efectuarla a la entidad local que hubiera dictado el acto o acuerdo impugnado. De no realizarse tal ejecución en el plazo concedido para ello, será el Gobierno de Navarra, a instancia del Tribunal, el que dispondrá lo pertinente para la ejecución subsidiaria de la resolución, incluso la subrogación automática en las competencias de la entidad local afectada.

Sin embargo, y al margen de cualquier consideración historicista, como ha apuntado Martín Razquin, **sería posible una articulación jurídica en las comunidades autónomas de figuras similares al TAN, tomando como base lo dispuesto en el artículo 107.2 de la LRJPAC, y siempre que se recogiera la creación de un órgano similar o equivalente dentro de la Ley autonómica correspondiente.**

En el marco constitucional, el TAN se presenta como una institución peculiar por su significación y naturaleza en el derecho positivo español: su regulación legal muestra su condición de tribunal, con potestad jurisdiccional, al mismo tiempo que su función principal bascula en torno a un recurso de alzada, y es, a su vez, **un órgano de Administración local dependiente del Gobierno de Navarra. ¿Es, por lo tanto, un órgano jurisdiccional o administrativo?**

Para dar respuesta a la cuestión planteada conviene traer a colación los artículos 4 y 6 del Reglamento de procedimiento del recurso de alzada:

“Artículo 4. ° El recurso de alzada a que se refiere el apartado b), número 1, del artículo 1. ° de este Reglamento tiene carácter potestativo y gratuito.

2. Para la interposición del recurso de alzada no será necesaria la intervención de Abogado ni Procurador, pero podrá el interesado utilizarlos, en cuyo caso será de su cuenta el pago de los honorarios o derechos respectivos

Artículo 6. ° 2. Están legitimados para la interposición del recurso de alzada quienes lo estuvieren para impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales conforme a la legislación general, y los vecinos, aunque no les afecte personalmente el acto o acuerdo.”

Estos artículos unidos a las anteriores reflexiones de Razquin, a nuestro entender, no dejan lugar a duda, de que nos encontramos ante un órgano administrativo pese a sus peculiaridades.

Su carácter potestativo, gratuito, la innecesaria actuación por medio de procurador y abogado y la legitimación tan amplia que posee, lo articulan como una especie de “*super-reposición*”.



LOS PREMIOS CEMCI RECONOCEN LA LABOR DE INVESTIGADORES QUE HACEN MÁS EFICIENTE LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL



El presidente de la Diputación Provincial, Sebastián Pérez, ha entregado este viernes los Premios del Centro de Estudios Municipales y Cooperación Internacional (Cemci) que en su primera edición ha reconocido la labor de los investigadores que hacen que la administración municipal mejore cada día y gane en eficiencia.

Una veintena de trabajos, presentados desde los más diversos lugares de la geografía española, han concurrido a la convocatoria de los premios Cemci, organismo autónomo dependiente de la Diputación de Granada, que instituyó las dos modalidades de estos premios con el objeto de fomentar la investigación en la materia.

Dentro de la modalidad de prácticas municipales exitosas se ha premiado al mejor trabajo de estudio e investigación que atienda a varias o alguna de estas temáticas: ordenación de la ciudad y gestión de espacio público; políticas de gestión de las personas; modernización y cambio institucional o de gestión pública local; y desarrollo y promoción del empleo.

En esta primera edición el trabajo ganador ha sido el titulado 'Factores de motivación en la administración local' cuyas autoras son María Belén Martínez Loira, del municipio de Cangas (Pontevedra), y Rocío de Sinde Penas, de Pontevedra.

La segunda modalidad está dedicada a la investigación científica avanzada de la administración y del gobierno local. Su ganador ha sido Ramón Lluís Galindo Caldés, barcelonés, autor del trabajo que ha presentado bajo el epígrafe de 'La organización territorial en los municipios: los distritos'.

El presidente de la Diputación ha felicitado a los galardonados en nombre de la Institución reconociendo el "estímulo, trabajo y esfuerzo" de estos investigadores y técnicos que es esencial como "instrumento clave para hacer política para las personas". La segunda edición de los premios Cemci va a estar dedicada al denominado 'Open Government'.

Sebastián Pérez, que ha resaltado el papel preponderante que tienen las nuevas tecnologías, ha puesto de relieve las tareas que durante cuarenta años lleva afrontando el Cemci el cual, con un "equipo impecable", es hoy "núcleo de la formación e información, estudio y divulgación" de la administración local.

"El Cemci se creó como un instrumento clave y esencial para proyectar básicamente la innovación y la modernidad en las políticas locales", ha recordado el presidente de la Diputación reseñando que "gente de todas las capitales de España y de muchos países del mundo hoy vienen a formarse e informarse" en dicho organismo de la Diputación.

El diputado delegado de Función Pública, Francisco Javier Maldonado, ha destacado el "afán de servicio público" del Cemci en un trabajo "ininterrumpido que se renueva constantemente" y que pretende "seguir creciendo" aportando "valores cada día más necesarios, algunos imprescindibles, que poner al servicio de los municipios y los entes locales aún más si cabe después de la entrada en vigor de la ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local" a principios de este año.

El jurado, presidido por el director del Cemci, Eduardo Martos, e integrado por los vocales María Jesús Gallardo, catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Jaén; Estanislao Arana, también catedrático de la materia citada en la Universidad granadina; Enrique Orduña, subdirector general de Administración Local del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas; Alicia Solana, jefa del Servicio Docente y Coordinación General del Cemci; y Antonio Llanas, jefe de Servicio de Administración y Personal del citado centro, que actuaba como secretario del jurado, ha concedido asimismo, como posibilitan las bases, dos menciones especiales, una en cada modalidad.

En la primera, al trabajo 'Plan de mejora e innovación 2012-2015. Impulso a la administración electrónica', cuya autoría responde al denominado equipo de modernización del Ayuntamiento de Alzira (Valencia); y, en la modalidad de



investigación científica, al trabajo 'Precisiones sobre la autonomía financiera municipal: el IBI como ejemplo de una experiencia fallida' del que es autor el jiennense Manuel Agudo Gavilán.

Fuente: [Europa Press](#), 21/03/2014.





INFORME SOBRE LA EJECUCIÓN DE LA REFORMA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El Consejo de Ministros ha recibido de la vicepresidenta del Gobierno y ministra de la Presidencia el informe trimestral sobre el seguimiento de la ejecución del Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas.

La OCDE presentó al Gobierno español la semana pasada su informe sobre la Reforma de la Administración en España y el propio Secretario General calificó el proyecto de reforma como "uno de los procesos más ambiciosos y sistemáticos en el ámbito de la OCDE". El organismo internacional insistía en que es necesario "un proceso continuo de mejora para que la reforma de las Administraciones que ejerza una influencia positiva en el crecimiento y contribuya a superar los efectos de la crisis económica".

Ése es el objetivo del Gobierno con cada uno de estos Informes trimestrales y, además, incorporará ahora algunas de las cuestiones planteadas por la OCDE. Por ejemplo, se establecerá una nueva sistemática, una nueva forma de elaboración, aprobación y revisión de normas, especialmente de las leyes, para incorporar lo que se conoce como "Better Regulation" (mejor regulación); es decir, una nueva fórmula de elaboración de las leyes y otro tipo de normas para que sean mucho más congruentes con la realidad y las necesidades sociales que se pretende regular, y para que eviten la creación de nuevas trabas administrativas.

Medidas y ahorros

El Informe hoy presentado recoge que el total de medidas adoptadas desde la puesta en marcha de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas asciende a 221, de las cuales 63 están completamente finalizadas, es decir, ejecutadas al 100 por 100, lo que supone casi el 29 por 100 de cumplimiento; otras 74 se encuentran en fase avanzada de ejecución, mientras que 77 están en fase media de ejecución y sólo 7 permanecen aún en fase inicial.

En cuanto a los ahorros, los acumulados hasta la fecha para el total de las Administraciones Públicas en medidas de reforma de la Administración asciende a más de 9.500 millones de euros.

Últimos avances

Por otra parte, el Informe recoge algunos de los últimos avances en la reforma de las Administraciones, de los cuales pueden citarse los siguientes:

Extensión del PIN 24H, que permite declaraciones tributarias más ágiles. Ya se han solicitado 179.000 claves del PIN 24H.

Cita previa en las Jefaturas de Tráfico. Está extendida a veintidós Jefaturas y ha permitido atender a 645.000 personas a través de esta cita.

Cita previa en el Servicio Público de Empleo Estatal. Se ha atendido, desde junio de 2013, a 13.200.000 personas.

Despliegue de la tarjeta sanitaria interoperable en todas las Comunidades Autónomas.

Historia clínica digital del Sistema Nacional de Salud. A 1 de marzo casi veinte millones de ciudadanos ya disponen de algún documento clínico en el Sistema, que puede ser consultado en cualquier Comunidad Autónoma.

La receta electrónica ya está totalmente implantada en siete Comunidades Autónomas y se está implantando en otras seis en la fase de Atención Primaria. El porcentaje de recetas dispensadas electrónicamente en el Sistema Nacional de Salud es de casi el 70 por 100.

Avance en la tramitación telemática de homologaciones de vehículos. Se ha ultimado la herramienta informática que permite tramitar 22.000 expedientes anuales.

Puesta en marcha de circulación de espectáculos de artes escénicas en espacios escénicos de las entidades locales, el Programa PLATEA.

Comunidades Autónomas

También se ha avanzado en asuntos de coordinación con las Comunidades Autónomas. A este respecto cabe recordar que el ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente ha firmado recientemente, junto a los presidentes de las Comunidades Autónomas de Castilla-La Mancha, Extremadura, Castilla y León y Madrid, un Protocolo para la licencia única interautonómica de caza y pesca; protocolo al que en próximas fechas se adherirán Galicia, Cantabria, Navarra, Comunidad Valenciana, Illes Balears y Murcia.

Además, se puede citar la planificación conjunta de las políticas de violencia de género, con la implantación de mecanismos de coordinación, o en materia de víctimas del terrorismo, donde se ha creado un canal telemático entre la Dirección General de Apoyo a las Víctimas y los centros autonómicos con competencias para atender de forma permanente las solicitudes de información.

Fuente: [INAP](#), 15/04/2014.

LAS ADMINISTRACIONES AJUSTAN EL DÉFICIT CON UN AUMENTO DE LOS INGRESOS EN 2013

Los gastos públicos totales se incrementan en 1.027 millones de euros



La salud de las cuentas públicas depende de la fortaleza de la economía y el vigor de esta depende, en buena medida, de las vitaminas que le recete el Gobierno. Si el Ejecutivo decide adelgazar, la economía se resiente; pero si, por el contrario, apuesta por favorecer la actividad, la economía se pone en marcha.

“No hubiera sido posible el cambio del ciclo económico que vivimos si hubiéramos hecho la misma política presupuestaria que en 2012”, admitió este lunes el ministro de Hacienda, Cristóbal Montoro, al presentar los datos detallados de las cuentas públicas de 2013, donde agregó: “Si hubiéramos hecho lo mismo que en 2012 hubiéramos provocado más recesión económica y no hubiéramos vuelto al crecimiento económico”. Entonces, el Gobierno del que forma parte Montoro lideró una drástica reducción del gasto público de casi 20.000 millones. El ministro reconoció implícitamente los efectos perversos de los recortes sobre la economía que su propio Gobierno había impulsado. Por eso, en 2013 tras comprobar las secuelas de las políticas de austeridad aflojó el ritmo de los ajustes tras lograr el beneplácito de la Comisión Europea.

En 2013, el gasto total de todas las Administraciones públicas fue de 454.005 millones de euros —sin incluir las ayudas a la banca—, lo que supone un aumento de 1.027 millones sobre 2012 a pesar de los recortes sufridos en sanidad y educación. Por su parte, los ingresos cosechados el año pasado por la Administración central, comunidades, Seguridad Social y Ayuntamientos ascendieron a 386.250 millones, lo que representa 3.664 millones más que el año anterior.

La diferencia entre gastos e ingresos —el déficit público— fue el año pasado de 67.755 millones, correspondientes al 6,62% del PIB frente al 6,84% registrado en 2012. El ajuste de apenas 3.000 millones se produjo básicamente por la subida de los ingresos públicos. “La consolidación fiscal se está produciendo por la mejora de los ingresos mientras que los gastos se mantienen contenidos”, admitió Marta Fernández Currás, secretaria de Estado de Presupuestos. Sin tener en cuenta la caída de la recaudación de la Seguridad Social, el aumento de ingresos hubiera sido de más de 7.000 millones de euros.

El Ejecutivo insiste en que el dato definitivo de déficit —se conocerán en septiembre tras ajustar el PIB— terminará por debajo del 6,5% como encomendó Bruselas, pero lo cierto es que la Comisión ya había flexibilizado el camino a España. De hecho, los Presupuestos Generales de 2013 fueron elaborados con una meta de déficit del 4,5%.

La subida de impuestos del año pasado —los Ayuntamientos aumentaron el IBI, las comunidades aprobaron hasta 60 cambios normativos y el Gobierno central impulsó subidas en impuestos de sociedades y medioambientales— no solo evitaron una caída de la recaudación, lastrada por la recesión, sino que logró aumentarla. La Agencia Tributaria calcula que las medidas fiscales aprobadas por el Ejecutivo aportaron 11.987 millones extras a las arcas públicas en 2013. Hacienda, también, considera que la mejora de la economía en el último trimestre —creció un 0,2% tras varios trimestres en números rojos— contribuyó a azucar los ingresos públicos y a expandir las bases imponibles.

La mejora de los ingresos también explica el buen dato de cierre de los Ayuntamientos. Presentaron un superávit del 0,41% y fueron decisivos para limitar el déficit del conjunto de las Administraciones. Los Ayuntamientos obtuvieron 1.210 millones más entre la subida del IBI y el aumento de transferencias del Estado. Por su parte, las cifras de las comunidades autónomas están afectadas por los efectos de la liquidación del sistema de financiación. Aunque incumplieron globalmente el objetivo de déficit —cerraron con una desviación del 1,54%—, lograron reducir los números rojos en más de 3.000 millones sobre el año pasado, la misma cantidad en que se redujo el déficit de todas Administraciones públicas. Solo la Comunidad Valenciana logró un ajuste de 1.500 millones y Cataluña, de 527 millones. A pesar de ello, estas dos comunidades, junto a Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha y Navarra, suspenden en la tarea de controlar el déficit.

Hacienda, por su parte, argumenta que también recortó el gasto. Para sostener su tesis excluye los gastos afectados por el ciclo económico como los costes por intereses —alcanzaron los 35.096 millones, 3.500 más que el año anterior y casi el doble que en 2008— o las prestaciones sociales —169.961 millones, unos 2.300 millones más que en 2012—. Para compensarlo, Hacienda insiste en que ha rebajado el consumo público en 2.158 millones sobre el año precedente que incluye la remuneración de asalariados y el consumo intermedio.

“Tanto recorte, tanta subida de impuestos, para conseguir reducir el déficit de todas las Administraciones en solo 3.000 millones demuestra lo equivocada que es la política económica del Gobierno”, lamentó este lunes Pedro Saura, diputado del PSOE en el Congreso, que criticó que el déficit de la Administración central y la Seguridad Social presentado por Montoro es superior al que “heredó” de los socialistas.

Fuente: [El País](#), 31/03/14.

PREGUNTAS Y RESPUESTAS SOBRE EL PLAN DE REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El Gobierno potencia la movilidad de los funcionarios y aprobará una oferta de empleo público adicional, que incluirá 238 plazas para la Agencia Tributaria y 210 para la Administración local



¿Qué es la oferta de empleo público adicional?

Existe la oferta «ordinaria», pendiente de aprobación, y ahora otra «adicional», que incluye 238 plazas para la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y 210 plazas en la escala de funcionarios de la Administración Local.

¿Cómo será la promoción interna?

Se van a ofertar 950 plazas para la promoción interna, dentro de la Administración General del Estado (frente a la solicitud inicial de 631).

¿Cuándo se aprobarán todas las plazas?

El Gobierno tiene previsto aprobarlo «próximamente». Podría ser este viernes, según fuentes de Presidencia, si no se ponen muchas observaciones en la reunión de subsecretarios de este miércoles.

¿Cuándo entrarán en vigor?

La oferta de empleo público, la «ordinaria» y la «adicional», es la correspondiente a este ejercicio de 2014. Se convocará por tanto este mismo año.

¿Cómo fue la oferta pública de empleo en 2013?

En la Administración General del Estado, se convocaron, de forma «ordinaria», 422 plazas de nuevo ingreso de personal funcionario y estatutario y laboral, frente a las 133 plazas que se autorizaron en 2012. Además, se convocaron 449 plazas de promoción interna. El número de plazas que se van a ofertar este año «será superior» al de 2013.

¿Cómo será la movilidad de funcionarios?

El Gobierno quiere aprovechar la potencialidad de los recursos humanos. Se promoverá la movilidad vertical (por la carrera profesional) y la horizontal (personal entre Ministerios y áreas identificadas en las que exista una necesidad de efectivos para el ejercicio de funciones públicas).

¿A qué Administración afecta la movilidad?

La medida impulsada por el Gobierno afecta a la Administración General del Estado, y está dentro de la reforma de la Administración. El Ejecutivo «sugerirá» a las otras administraciones que hagan lo mismo para ser más efectivas.

Fuente: [ABC](#), 2/4/2014

LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN TIEMPOS DE CRISIS

Diana ALVAREZ GONZÁLEZ

Secretaría Interventor del Excmo. Ayuntamiento de Alcaucín (Málaga)

Trabajo de evaluación presentado para la obtención del título de Experto en Derecho y Gestión pública local. Granada, CEMCI, 2013.

SUMARIO:

1. Introducción.
2. Teoría general del servicio público.
3. Crisis del modelo europeo tradicional: los servicios de interés general y el proceso de liberalización de la economía.
4. Formas de gestión del servicio público.
5. La privatización del servicio público en tiempos de crisis ¿Caída del estado de bienestar?
6. Conclusiones: luces y sombras.
7. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La teoría del servicio público es casi coetánea a la propia existencia del Derecho Administrativo. Recuérdese que hubo un momento en el que el Derecho Administrativo era definido como el derecho de los servicios públicos, pues el grueso de las actividades del Estado eran las actividades prestacionales con las que la Administración pública satisfacía una necesidad pública mediante la prestación de un servicio público a los ciudadanos.

Sin embargo, lejos de ser la teoría del servicio público una materia arcaica está permanentemente de actualidad, siendo cuestionada tanto en sus elementos configuradores como en su propia existencia. En efecto, no es ninguna novedad hablar de la crisis del concepto de servicio público en nuestro ordenamiento jurídico. Parece que nuestro Derecho clásico choca con el Derecho europeo, pues España maneja un concepto muy estricto de servicio público que debemos superar para acercarnos al

concepto europeo de “servicio de interés general”¹. Acercamiento que hemos intentado en ocasiones a través de la privatización de los servicios, mecanismo que no es exactamente el que proclama el Derecho comunitario.

Del mismo modo, parece que el contrato clásico de gestión de servicios públicos está llamado a desaparecer a favor del contrato de concesión, pues el Derecho comunitario no contempla nuestro concepto clásico *service public*, optando por la mínima intervención de la Administración en el Libre Mercado, así como por el abandono, salvo excepciones, de su posición privilegiada. Existen, eso sí, otros conceptos que podríamos denominar “equivalentes” al de servicio público, tales como “servicio de interés económico general”, “servicio universal”, y “obligaciones de servicio público”, y que se basan en el interés general afectado por determinada categoría de servicios en los que, por este motivo, sí debe intervenir la Administración.

En cuanto a los modos de gestión de los servicios municipales, en este momento Europa no se decanta por la prestación pública ni por la privada, sino precisamente por la colaboración entre ambos sectores (CPP), con el objetivo de reactivar la economía a través de la contratación electrónica y de las PYMES.

Por tanto, en el modelo europeo de prestación de servicios las Administraciones se deben preocupar de regular el mercado para asegurar, por un lado, la prestación de los servicios esenciales, y, por otro, la libre prestación del resto, pero en este segundo caso más bien desde el abstencionismo.

A todas estas cuestiones, recurrentes ya al hablar de la crisis del servicio público, debemos añadir la crisis política e institucional derivada de la desconfianza ciudadana en lo público, y la crisis financiera crónica de la Administración Local en la que nos encontramos inmersos, en la que la disyuntiva no es si los servicios deben seguir prestándose que parece que sí, sino si los servicios deben ser públicos o no, y si deben ser municipales o no. Contexto éste en el que se encuentra la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, que obliga como medida de transparencia a determinar el coste efectivo de los servicios públicos prestados por las entidades locales, y que ya no excluye la posibilidad de prestar mediante fórmulas de gestión indirecta servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad, todo ello, sin perjuicio de la salvedad establecida “*La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos*”.

¹ Véase el Libro Verde de la Comisión, de 21 de mayo de 2003, sobre los servicios de interés general.

Estos nuevos planteamientos en el régimen jurídico del servicio público hace que nos planteemos si los mismos responden a medidas coyunturales motivadas por la crisis económica o si en el fondo estamos asistiendo a una transformación de los pilares básicos del sistema de servicios públicos: el paso de una provisión pública de los servicios a una provisión privada de los mismos, con la merma para el Estado del Bienestar que ello supone. Todos estos interrogantes son los que intentamos abordar en este trabajo mediante el análisis de la teoría general del servicio público y la evolución del concepto de servicio público a la hemos asistido en los últimos tiempos como antesala del estudio de las diferentes formas de gestión de los servicios públicos. Para así poder reflexionar sobre las consecuencias de las medidas de privatización en la gestión del servicio público que se vienen imponiendo en los últimos tiempos, su alcance y significado.

2. TEORIA GENERAL DEL SERVICIO PÚBLICO

2.1. Ideas previas

Es innegable la vinculación del Derecho Administrativo a la noción de servicio público, hasta el punto de que el proceloso devenir de éste ha marcado el rumbo de aquél en su evolución; así, el momento de esplendor del concepto de servicio público coincide con el apogeo del Derecho Administrativo, y, a su vez, la crisis actual de aquél, o mejor dicho, la dificultad, cuando no el fracaso de los autores para constreñir, definir y regularlo usando el instrumental clásico del Derecho Administrativo, ha marcado su repliegue y la huida de la Administración Pública del Derecho administrativo que es su cobertura natural.

El servicio público es un término polisémico y polémico al mismo tiempo. Polisémico porque por servicio público se entiende no sólo una forma de la actividad administrativa –la prestacional-, sino el conjunto de la actividad de la Administración, sea ésta prestacional, de policía o de fomento, siendo el servicio público el título habilitante para la intervención de la Administración pública. Y polémico porque la expresión ha adquirido unos perfiles propios no exentos de un apasionado debate doctrinal, pues hay quien ve en el servicio público los males de la estatalización, la burocracia, el intervencionismo y el déficit público en contraste con la iniciativa privada signo de eficiencia económica y servicial, mientras que para otros el servicio público es la única técnica de satisfacer necesidades de los ciudadanos en condiciones de igualdad.

Nosotros nos vamos a centrar en el servicio público entendido como una de las formas clásicas en que se manifiesta la actividad administrativa.

Una vez superadas las concepciones puramente dualistas -características de la doctrina germana (WOLF, FORSTHOFF)- que sólo distinguían entre una actividad negativa («de limitación o policía»), manifestada principalmente a través de fórmulas de contenido estrictamente jurídico, y una actividad positiva («de prestación» o «de servicio público»), traducida en actuaciones de carácter material y técnico en favor de los administrados. La mayor parte de la doctrina española viene prefiriendo la clasificación tripartita formulada por JORNADA DE POZAS², que al binomio anterior («policía» y «servicio público») añade como categoría intermedia la actividad de «fomento». Ésta no implica la coacción o limitación propia de la «policía administrativa», ni tampoco se traduce en prestaciones materiales directas al ciudadano, siendo su manifestación más típica la técnica subvencional.

El concepto tradicional amplio de servicio público, entendido como “*total actuación de la Administración justificante de un régimen exorbitante de sus actos*”, entró en crisis como consecuencia del masivo intervencionismo de la Administración en la vida económica, mediante las llamadas empresas públicas, que actuaban en régimen de concurrencia con los particulares, produciendo no solo servicios inmateriales, sino bienes reales y con sometimiento al Derecho privado; de ahí que aquellas profundas transformaciones experimentadas durante el siglo XX por el Estado, así como, correlativamente, por su instrumento por excelencia, la Administración Pública, ha dado lugar a la emergencia de nuevas actividades de difícil encuadramiento en el esquema citado, circunstancia que, a su vez, ha provocado, casi desde el momento de la propia formulación de aquél, el surgimiento de propuestas para su revisión, ampliando el número de categorías manejadas.

Entre estas posturas goza de gran importancia la defendida por VILLAR PALASÍ³, quien a la tripartición de JORNADA DE POZAS añade un cuarto tipo de actividad, denominada «de gestión económica» o «de dación de bienes y servicios al mercado». El debate al respecto no es, sin embargo, pacífico. Así, frente a dicha tesis, destaca la formulada por GARRIDO FALLA, para quien resulta innecesaria la creación de una cuarta categoría, bastando con ampliar la noción de «servicio público» de modo que dé cabida a las nuevas formas de actividad administrativa.

En este sentido, el servicio público se caracterizaría:

² “Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, 1949.

³ “Ensayo de la actividad del Estado en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública* núm. 3, 1950.

- Por no prejuzgar el carácter público o privado del régimen jurídico que le es aplicable. Puede prestarse con sujeción a normas de derecho público o del derecho privado.
- En cuanto al régimen monopolístico, sólo resulta obligado en la gestión indirecta, pero no en la gestión directa en la que el régimen de concurrencia resulta admisible⁴.
- Respecto a la nueva actividad de dación de bienes, la doctrina sostiene que lo esencial para que una actividad constituya un servicio, es que satisfaga una necesidad pública y que esto se dé tanto en las prestaciones como en las producciones reales.

Por tanto, lo que caracteriza al servicio público, esencialmente, según Villar Ezcurra es, aparte de la titularidad que ostenta la Administración:

- Control por la Administración.
- Carácter empresarial de contenido técnico.
- Carácter de prestación positiva.
- Prestación en interés de los particulares.
- Continuidad en la prestación y,
- Igualdad en la obtención del servicio.

Esta somera exposición de los términos en que ha evolucionado el debate sobre las formas de la actividad administrativa permite constatar cómo el mismo ha influido directamente sobre la conceptualización moderna de la expresión «servicio público», pues, como se puede apreciar, el problema suele plantearse al delimitar frente a ésta las nuevas categorías (algo que no ocurre frente a la actividad de «policía», cuyos contornos son mucho más claros).

De todo lo expuesto, el término “servicio público” es bastante impropio, confundiéndolo de manera simplista con otros conceptos; a veces es provocado por los propios textos normativos, ya que dentro del mundo jurídico destaca el hábito de emplear la expresión servicio público como sinónimo de «giro o tráfico de la

⁴ Para Garrido Falla “*nunca el monopolio ha sido nota exclusiva del servicio público, ya que en los servicios asistenciales-sanidad, educación, se da, desde antiguo, la concurrencia de los particulares*”.

Administración en sentido amplio», a efectos de delimitación del régimen jurídico (público o privado) aplicable, así como de las correspondientes competencias jurisdiccionales (contencioso-administrativas o civiles). Esto ha sido así especialmente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, donde aún hoy el art. 106.2 de la Constitución, recogiendo este uso tradicional, habla del derecho a ser indemnizado por toda lesión sufrida como consecuencia del «funcionamiento de los servicios públicos» (del mismo modo, el art. 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), así como en el ámbito de la contratación pública como fórmula para definir los contratos administrativos especiales (en el art. 4.2 de la antigua Ley de Contratos del Estado de 1965 se definían como aquéllos que tuvieran una «directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público»). No obstante, dicha expresión fue corregida en las posteriores Leyes de Contratos de las Administraciones Públicas en las que se pasó a hablar de la vinculación «al giro o tráfico específico de la Administración contratante».

La evolución de la noción de servicio público ha venido a introducir elementos extraños a su núcleo central, lo que ha producido el efecto de que el concepto sea tan amplio que sirva para todo, y por ello, demasiado ambiguo, o bien, por el contrario, la reacción doctrinal opuesta ha propugnado la restricción del concepto de servicio público hasta reducirlo prácticamente a la nada. Y ello, como consecuencia de tener una Administración Pública cada vez más privatizada en la prestación de servicios públicos, lo que unido a la intrusión de los poderes públicos en el ejercicio de actividades económicas en competencia con los sujetos privados del mercado, hace necesario el planteamiento de la prestación de los servicios públicos en tiempos de crisis, siendo esencial redefinir el contenido y límites del Derecho Administrativo, y replantear el papel del Estado en el siglo XXI. No obstante, para un mejor entendimiento de lo que queremos abordar vamos a pasar revista a la evolución que ha sufrido el concepto de servicio público.

2.1. Origen y evolución histórica del servicio público.

En el siglo XVIII como consecuencia de varias circunstancias, tales como los progresos técnicos, el aumento de la población, el nacimiento de las preocupaciones sociales, etc., el Estado pasó a considerarse el prestador de unos servicios que remediaban las carencias y necesidades de los ciudadanos. Era el Rey el único que podía actuar en base a sus poderes de regalía que, aunque muy amplios, se refieren esencialmente a la seguridad y al orden público. La creación de los servicios públicos nace utilizando estos poderes para intervenir el Rey en la salvaguarda de los bienes de uso común o dominio público. A mediados del siglo XIX se amplía la idea del servicio

público. En primer lugar, se limitó a los servicios asistenciales o sociales, es decir, aquellos que garantizaban el derecho del administrado a la conservación de la vida y la salud y al desarrollo de su personalidad: beneficencia, sanidad y educación.

Con posterioridad, gracias a los descubrimientos de la llamada segunda revolución industrial, surgieron nuevos servicios públicos de carácter económico (ferrocarril, teléfono, electricidad...) que exigieron al Estado extender el ámbito de su actuación. La vigencia del Estado liberal que niega al Estado la condición de sujeto económico provocó la aparición de figuras, como la del contratista interpuesto o concesionario que explotaba aquellos servicios.

Finalmente, en una tercera etapa, la Administración asume ya la gestión de determinadas actividades económicas, en principio prestadoras de servicios y luego productoras de bienes, iniciándose el desplazamiento del “servicio público” por una nueva categoría “la empresa pública”. Esto sucedió a comienzos del siglo XX.

En efecto, a finales del siglo XIX y principios del XX, el Estado comienza a intervenir cada vez más en múltiples sectores económicos y sociales. Por un lado, el Estado extiende a toda la población unos servicios públicos básicos: educación, sanidad, seguridad social, vivienda social, protección de los desfavorecidos, etc. En suma, se instaura el Estado Social o Estado del Bienestar. Y por otro lado, la Administración también provee a los ciudadanos de una red de servicios o prestaciones de contenido económico como la energía, los transportes, las comunicaciones, el abastecimiento de agua y el saneamiento, etc. Incluso, llega un momento en el que la Administración se centra prioritariamente en este tipo de funciones, dejando un poco de lado las tradicionales de policía o control y regulación de las actividades privadas. Ello origina que una parte importante de la doctrina jurídica, especialmente francesa, en las primeras décadas del siglo XX conceptúa el Derecho administrativo como el Derecho de los servicios públicos. Pero además, el Estado se convierte en empresario productor de bienes y servicios destinados al mercado, ya sea por razones estratégicas (la defensa nacional), para salvar empresas en crisis, o para suplir las carencias de la iniciativa privada.

Este crecimiento desmesurado en las funciones asumidas por el Estado y la imposibilidad de gestionarlo todo de forma centralizada, propicia la descentralización administrativa incluso en aquellos Estados tradicionalmente estructurados de forma centralizada. Es cierto que esa descentralización no es sólo administrativa (para gestionar los servicios públicos) sino incluso política, que tiene otras causas como es la distribución interna del poder en el Estado. Lo cierto es que en todos los grandes Estado desarrollados existen diferentes niveles territoriales de Administración, bajo la dirección

de Gobiernos autonómicos democráticamente elegidos. Esta descentralización político-administrativa, que asume distintas formas en cada caso (federación, regionalismo, descentralización local), requiere a su vez un esfuerzo de coordinación y una cooperación permanente entre todas las Administraciones con competencias sobre un mismo territorio (la estatal o federal, la regional o autonómica y la local), sin la que no es posible ofrecer a los ciudadanos con eficacia y a un coste razonable las prestaciones que demandan de los poderes públicos en su conjunto.

Se produce también una descentralización funcional, mediante la creación de organismos y entes públicos de muy distinto tipo –organismos administrativos, entes de regulación y de gestión de servicios, autoridades independientes, agencias, entidades públicas empresariales, etc.- difíciles de reconducir a categorías homogéneas, y mediante la utilización instrumental de formas jurídico-privadas de organización (sociedades y fundaciones) para el ejercicio de algunas funciones públicas o de servicios y actividades sostenidas con fondos públicos. Fenómeno que se ha denominado la “huida del Derecho Administrativo”.

En consecuencia, es fácil comprender que este incremento incesante de las actividades de la Administración y del gasto público, desde mediados del siglo XX, haya llevado a los Estados desarrollados en torno a los años setenta de ese siglo, a una profunda crisis fiscal, que ha desembocado en una política de privatización o devolución a la sociedad de actividades y servicios que había asumido regularmente la Administración (política de reducción del papel del Estado). Así, por ejemplo, se han transformado algunos servicios públicos monopolizados en servicios de interés económico general (las telecomunicaciones, los transportes, la energía, los servicios postales), abiertos a la libre competencia. En el área de los servicios públicos tradicionales (educación, sanidad) la Administración mantiene unas prestaciones básicas, más o menos intensas, complementadas por la iniciativa privada.

No obstante, esta reducción del volumen de actividad del Estado es en todo caso relativa, pues para asegurar el buen funcionamiento del mercado y garantizar los intereses generales, la Administración ha asumido nuevas funciones de regulación y control de las actividades privadas (reglamentación, vigilancia, inspección evaluación).

2.3. Formulación de la teoría y notas características

La existencia de actuaciones de índole prestacional por parte de los poderes públicos no es un fenómeno nuevo en la Historia de la Humanidad, habiéndose dado manifestaciones de dicha actividad en prácticamente todas las épocas. Pero, puede

decirse que la consagración del concepto de servicio público tiene un origen histórico e, incluso, geográfico muy concreto.

La noción surge así en la Francia de la transición del siglo XIX al XX, muy en particular de la mano de los autores de la denominada Escuela Realista de Burdeos (Duguit, Jèze....), en la evolución de su elaboración doctrinal, pueden distinguirse dos etapas que, a su vez, han influido en la doble conceptualización con la que principalmente se ha empleado el término con posterioridad:

a) por un lado, una concepción amplia, omnicomprendensiva, manejada por el creador de la Escuela aludida, LEÓN DUGUIT (1859-1928), quien desde una perspectiva social y finalista defiende la noción de servicio público como justificación misma del poder del Estado. La actuación de este último sólo se legitimaría en la medida en que satisficiera necesidades públicas y pudiera ser calificada como «servicio público». Como se puede comprender, se trata de una concepción más filosófica que jurídica que, hoy en día, entronca directamente con los postulados del Estado Social, en cuanto subraya el deber de los poderes públicos de garantizar la prestación de los servicios esenciales para la comunidad;

b) por otro lado, una noción más estricta que toma como punto de partida las elaboraciones posteriores de los discípulos de DUGUIT, como JÈZE, BONNARD o ROLLAND. Desde este punto de vista, el servicio público se configura como una técnica concreta de gestión de aquellos servicios esenciales a los que antes aludíamos. De este modo terminó por definirse como «aquella actividad desarrollada por los poderes públicos para atender necesidades de interés general que los individuos no pueden satisfacer aisladamente y que, en su organización y funcionamiento, se encuentra sometida a un régimen jurídico especial de Derecho Público».

Caracteres del concepto estricto de servicio público. Partiendo de la acepción clásica estricta a la que acabamos de aludir, la noción jurídica de «servicio público» ha terminado por configurarse con apoyo en las siguientes notas:

A. LA CREACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS (PUBLICATIO). LA TITULARIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.

Esta es la primera nota para que una determinada actividad se convierta en servicio público, que la Administración asuma la titularidad mediante la correspondiente publicatio (convierte un servicio inexistente o gestionado por los particulares en servicio público). Por tanto, para que pueda hablarse de servicio público estrictamente, la titularidad del sector o de la concreta actividad ha de haber sido

asumida por la Administración Pública (aunque no necesariamente su gestión efectiva, como posteriormente veremos).

La existencia de esta reserva exclusiva en favor de los poderes públicos determina, por tanto, el monopolio de éstos sobre tales servicios. En consecuencia, quedan excluidas del concepto aquellas técnicas para garantizar la prestación de servicios esenciales que admiten la libre concurrencia sobre ellos. Así sucede, por ejemplo, con la más moderna del servicio universal, popularizada a partir del Derecho Comunitario europeo especialmente en el sector de las telecomunicaciones; dicha técnica, sin establecer reserva de titularidad alguna en favor de la Administración, y, por tanto, abriendo en principio la posibilidad de prestar el servicio a cualquier operador, se caracteriza por el establecimiento de un marco regulador muy estricto sobre aquél, en el que destaca la imposición de lo que se han llamado obligaciones de servicio público, de inexcusable cumplimiento para el sujeto particular que lo presta, todo ello con el fin de evitar que la gestión privada del servicio determine que los ciudadanos dejen de disfrutar de prestaciones que los empresarios gestores consideren no rentables; la garantía del respeto a este marco se procura de forma particular a través del control ejercido por Agencias Independientes, siguiendo el modelo del Derecho anglosajón.

Las prestaciones indicadas no tienen por objeto satisfacer cualquier tipo de necesidades públicas, sino sólo aquéllas que puedan calificarse de esenciales; es decir, como ha señalado el Tribunal Constitucional español, aquéllas vinculadas a la satisfacción de derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos (S.T.C. 26/1981, de 17 de julio).

Siguiendo a Serrano Triana y Villar Palasí, se pueden distinguir distintas formas jurídicas de publicatio:

- a) Por creación de un órgano administrativo atribuyéndole competencia para gestionar un servicio público (creación de una dirección General).
- b) Por creación de un ente institucional público al que se le atribuye competencia para gestionar un servicio público (INSALUD, INSS...).
- c) Por conversión en ente público de un ente privado (nacionalización del Banco de España).
- d) Por engarce interno de derecho público, respetando la personalidad jurídico-privada del ente intervenido (control interno de empresas públicas que funcionen en régimen de derecho mercantil).
- e) Por la declaración formal de monopolio de la Administración (se exige Ley).

B. CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN.

Mediante poderes de policía, *ius variandi*, supresión e intervención del servicio.

C. CARÁCTER EMPRESARIAL TÉCNICO.

Todo servicio público implica una cierta actividad empresarial, una actuación económica a través de una empresa, un conjunto organizado de capital, dirección y personal encomendado a una finalidad concreta, en este caso de interés general.

D. CARÁCTER DE PRESTACIÓN POSITIVA DEL SERVICIO PÚBLICO.

Consiste en un *dare* o *facere*. Ha de tratarse de una actividad de carácter prestacional, con lo que queda al margen del concepto la eventual actividad de producción de bienes que puedan desarrollar los poderes públicos.

Estas prestaciones son de carácter fundamentalmente material o técnico, no implican el ejercicio de autoridad y tratan de procurar utilidades de las que pueden beneficiarse los individuos singularmente considerados (*uti singuli*, en terminología jurídico-administrativa). Queda así excluido lo que la doctrina italiana (ZANOBINI, ALESSI, GIANNINI), por oposición al concepto de «servicio público», denomina «funciones públicas», esto es, aquellas actividades desarrolladas por el poder público desde una posición de supremacía y destinadas a beneficiar a la colectividad en su conjunto (*uti universi*), como, por ejemplo, el mantenimiento de un ejército, el sistema judicial, la recaudación de tributos, etc.

E. CONTINUIDAD EN LA PRESTACIÓN.

Un servicio esencial es aquél del que no se puede prescindir. En consecuencia, su gestión ha de materializarse en prestaciones regulares y continuas, siendo éstos elementos esenciales definatorios del servicio.

F. INTERES DE LOS PARTICULARES

Tiene como destinatarios a los particulares y se presta en interés de los mismos.

G. IGUALDAD DE ACCESO Y USO DEL SERVICIO.

Se consagra en el art. 14 de la Constitución Española y en la Ley de Contratos, hoy TRLCSP, donde se establece la igualdad y no discriminación como principios básicos ⁵.

2.4. El servicio público local en la legislación española.

Haciendo una rápida excursión histórica al tratamiento que la legislación española ha dado en el ámbito local, el Estatuto Municipal de Primo de Rivera, de 1924 no definió el concepto de servicio público, ni siquiera uso esta expresión, sino que utilizó expresiones como “municipalización de servicios”, “servicios municipales obligatorios” y “obligaciones mínimas de los Ayuntamientos”, si bien el texto normativo contenía aquellas actividades que tanto la doctrina como la jurisprudencia de la época, e incluso anterior, venían entendiendo como servicios públicos, por lo que el legislador tenía en mente el concepto de servicio público.

El Estatuto Provincial de 1925, siguió la misma tónica, hablando de “servicios e institutos”, el legislador estaba pensando tanto en la concepción objetiva del servicio público de Duguit como en la subjetiva de Hauriou.

La constitución Española de 1931 recogió la expresión “servicio público”.

La Ley Municipal de 31 de octubre de 1935, siguió sin definir el concepto de servicio público, pero al menos, y por primera vez un texto legal español, enumeró las características que debía de reunir dicha categoría, art. 131:

“los Municipios podrán administrar y explotar directamente todos aquellos servicios que tengan carácter general, sean de primera necesidad, de utilidad pública y se presten o puedan prestarse dentro del término municipal en beneficio de sus habitantes”.

La legislación española de régimen local, tras la Guerra Civil, rehuyó de dar una definición de servicio público, y así la Ley Régimen Local de 1955.

El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 únicamente precisa frente a la Ley de Régimen Local, la finalidad de los servicios públicos municipales:

⁵ Art. 139 TRLCSP. Principios de igualdad y transparencia. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia.

“con el fin de atender a las necesidades de sus administrados, las Corporaciones locales prestarán los servicios adecuados para satisfacerlos”.

La Constitución Española de 1978 no ofrece una definición del concepto de servicio público, pero esto no quiere decir que el legislador constitucional desconozca el concepto y su función; por el contrario, el texto constitucional parece dar por respuesta la institución del servicio público al utilizar a lo largo del mismo diversas expresiones en las que está latente su noción; en este sentido Martín-Retortillo Baquer señala que la presencia del servicio público es patente, incluso sorprendentemente abundante, por más que hayan de convivir significados diferentes ⁶.

Asimismo, Bassols Coma sostiene que el concepto de servicio público hay que considerarlo vigente tras la Constitución, en cuanto que aquél no se opone a ésta, y que el propio texto constitucional adopta diversas expresiones que directa o indirectamente pueden tener conexión con la técnica del servicio público, como en los art. 28.2, 43, 128.2 y 158⁷. Buena prueba de ello, es la legislación postconstitucional que se refiere al servicio público⁸. Incluso en una ocasión, la Constitución emplea la expresión “servicio público”, al regular el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, art. 106.2., cuyo tenor es el siguiente: “*Los particulares, en los términos establecido por la ley, tendrá derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*”

Igualmente es contemplado en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, art. 139.

Por tanto si el legislador constitucional anuda la producción de la responsabilidad patrimonial a que el hecho productor del daño sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos sin explicar este concepto, es porque da por presupuesta la noción de servicio público.

Fuera de este artículo, la Constitución no utiliza la expresión de “servicios públicos”, así por ejemplo el art. 28.2 habla en relación con el derecho a huelga, sobre los servicios esenciales de la comunidad, expresión también utilizada en los art. 37.2 (conflicto colectivo entre trabajadores y empresarios), art. 128.2, en que tras reconocer

⁶ Lorenzo Martín-Retortillo Baquer: “Derecho de acceso a los servicios de interés económico general” en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo* ed. Civitas, 2003.

⁷ Martín Bassols Coma: *Constitución y sistema económico* Ed. Tecnos, 1985.

⁸ Por ejemplo, el ya derogado título II, del Libro II del TRLCAP, que llevaba por rúbrica “Del contrato de gestión de servicios públicos”, y cuyo primer artículo, el 154, establecía que estos contratos son aquellos mediante los que “Las Administraciones encomiendan a una persona natural o jurídica, la gestión de un servicio público”.

la iniciativa pública en la actividad económica, reserva al sector público “recursos o servicios esenciales”; el art. 1581. Utiliza la expresión de “servicios públicos fundamentales”.

Otras veces, la constitución emplea el término “servicios” a secas, art. 145.2, y otras veces el término “servicio” en singular, para referirse a una determinada actividad.

Pero la regulación primordial en la Constitución es la del art. 128.2 “*se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrán reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiera el interés nacional*”. En la interpretación de este precepto se ha dividido nuestra doctrina.

Para unos, entre ellos el profesor Martín Rebollo, este artículo prevé la declaración de recursos y sectores como de servicio público, no exigiendo para ello la gestión directa de los mismos, por lo que nos encontramos ante una nacionalización en sentido amplio. Para otros, entre ellos, Garrido Falla, el precepto hace referencia a la nacionalización en sentido estricto, es decir, la asunción por parte del Estado de la titularidad, administración y gestión de sectores y recursos, en principio privados. Por tanto, no será posible la concesión, ni cualquier otra forma de gestión indirecta, si no que la declaración del Estado, mediante Ley, de un servicio esencial como de servicio público implicará siempre la gestión directa, es decir, la gestión por la Administración.

La primera de las concepciones choca con una objeción, y es que existen servicios públicos que no están previstos en la Constitución, y que no tendrían amparo en el ámbito de un Estado Social y Democrático como el nuestro; se refiere a la actividad industrial y empresarial del Estado.

La segunda concepción estaría excluyendo constitucionalmente la posibilidad de gestión indirecta de los servicios públicos, con lo que quedarían prohibidas, entre otras manifestaciones, las concesiones de servicios.

Ya por último, citar en cuanto a la aportación legislativa al concepto del servicio público, a la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), que rehúye el intento de dar una definición técnica del servicio público y acude al reenvío del listado de competencias locales, artículo 25 para el municipio y 36 para la Provincia, y dándose por tanto una noción amplia del concepto, en cuanto que abarca todos los ámbitos de actuación local, competencia de los entes locales que ya de por sí es amplísima. A este respecto, la pretensión de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, es reordenar el sistema competencial de los municipios con la finalidad de buscar criterios de eficiencia (también por razones de

escala) en la prestación de los servicios públicos municipales. Así, se aboga por suprimir la actividades complementarias (competencias impropias), muchas de las cuales se gestionan a través de tales entes instrumentales (pensemos, por ejemplo, en promoción económica, políticas de empleo, agencias de desarrollo local, vivienda, etc.). No obstante, los ayuntamientos podrán mantener tales competencias no propias, así como las actividades económicas que estén impulsando, siempre que se acrediten dos extremos:

- a) que no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda Municipal, y
- b) no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública.

Si no se alcanzan ambos extremos los Ayuntamientos no podrán ejercer (ni por entidades instrumentales interpuestas) tales competencias impropias ni actividades económicas. Las empresas públicas afectadas deberían ser disueltas y entrar en un proceso de liquidación.

Por último en cuanto a la plasmación del servicio público en la legislación de las Comunidades Autónomas reguladoras del régimen local, se observa que han querido acercarse al concepto de servicio público local persistiendo en el error de la LBRL de identificar y reenviar tal actividad al ámbito competencial local, en nuestro caso, La Ley de Autonomía Local de Andalucía (LAULA), art. 26.1, que literalmente dice:

“Son servicios locales de interés general los que prestan o regulan y garantizan las entidades locales en el ámbito de sus competencias y bajo su responsabilidad, así como las actividades y prestaciones que realizan a favor de la ciudadanía orientadas a hacer efectivos los principios rectores de las políticas públicas contenidos en el Estatuto de Autonomía para Andalucía”.

3. CRISIS DEL MODELO EUROPEO TRADICIONAL “LOS NUEVOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL” Y EL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA

Nuestra CE de 1978 establece un sistema económico de economía social y mixta de mercado, expresión ésta que sintetiza la conjugación de los distintos principios derivados de nuestra Constitución económica. Se trata, en primer lugar, de la economía de mercado (reconocida expresamente por el art. 38 CE), según la cual las relaciones

económicas han de desarrollarse conforme al mercado y sus fundamentos (propiedad, libre empresa, libre competencia). Pero no de la economía puramente liberal de mercado –no vinculada por otros referentes que no sean el propio mercado y su autorregulación–, sino de la economía social de mercado, en la medida que éste, la competencia y la libre empresa deben compatibilizarse con las claves (la solidaridad y el progreso social) y objetivos (distribución justa de la renta, aseguramiento de prestaciones vitales a los ciudadanos, etc.) del Estado Social y a cuya garantía deberá dirigirse especialmente la actuación de los poderes públicos.

Como consecuencia de ese papel reconocido a los poderes públicos en el Estado Social surge la connotación del carácter mixto de la economía de mercado. La intervención de los poderes públicos sobre la economía, que alcanza a la ordenación jurídica de la libertad de empresa y el mercado, e incluso a la conformación de los procesos económicos mediante la planificación (art. 38 y 131.1 CE), se extiende asimismo a su participación en dichos procesos como un sujeto más de las relaciones económicas mediante la iniciativa pública en la actividad económica. Carácter mixto que no significa un necesario reparto de sectores o actividades entre el sector público y el privado, que no existe en la CE (si exceptuamos la demanialidad de algunos recursos), sino que la actividad económica queda abierta tanto al sector público como al privado, actuando aquél en todo caso como un agente más del mercado y sujeto a las reglas de la libre competencia.

El marco constitucional de las relaciones económicas permite así que éstas se desarrollen conforme a una peculiar dialéctica entre el sector privado y los poderes públicos.

3.1. La libertad de empresa y el mercado como elementos básicos.

El significado y alcance del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa (ámbito constitucionalmente protegido, potestades del Estado para modularla) han sido muy debatidos por la doctrina. No cabe desconocer la bipolaridad que la cuestión presenta. De un lado, si más allá de una visión individualista de la misma, se acepta que la empresa constituye un fenómeno económico-social complejo en el que confluyen intereses sociales heterogéneos, sería irreal pensar que la misma, y por ende la libertad de empresa, no pudiera quedar sujeta a la regulación y acción ordenadoras del Estado. Pero, de otra parte, esa regulación ha de tener unos límites para que la libertad de empresa y la economía de mercado –de la que la primera es condición ineludible– no resulten irreconocibles.

A la vista del contenido literal del art. 38CE y su posición sistemática, la libertad de empresa constituye elemento básico de todo el sistema constitucional de las relaciones económicas. Así resulta ser en términos lógicos (los poderes públicos podrán, como un “ex post”, regularla e incluso limitarla o restringirla –STC 227/1993, de 9 de julio-, pero no “otorgarla”); sistemáticos (pues las potestades y facultades reconocidas por la CE a los poderes públicos –exigencias de la economía general en el art. 38, reservas e iniciativa pública en el 128.2, planificación en los arts. 38 y 131.1, etc.- tiene como referente la libertad de empresa y el mercado, y no al revés); y estrictamente jurídicos, pues toda actuación de los poderes públicos que pueda moralizarla queda vinculada por el respeto de su contenido esencial (art. 53.1 CE).

Este último dato, e incluso si la libertad de empresa constituye un derecho subjetivo, ha sido no obstante discutido. Para unos resulta indubitable que la libertad de empresa reconocida en la CE no sólo es un derecho subjetivo sino un derecho fundamental. Otros autores han visto en ella un derecho subjetivo abstracto, en el sentido de que los particulares sólo podrían oponerse al legislador invocando la libertad de empresa cuando la medida legislativa restrictiva de ésta no sea adecuada a los fines de interés general o desproporcionada. Otros, en fin, han querido ver en ella, con la holgura de configuración que ello dispensaría al legislador, y en la medida que está íntimamente ligada a la economía de mercado constitucionalmente garantizada, sólo una garantía institucional, en postura a la que no hay duda ha coadyuvado la reticente posición mantenida en algún caso por el Tribunal Constitucional para reconocer a la libertad de empresa “per se” el carácter de derecho. En mi opinión, coexistiendo en este caso esa doble faceta de la libertad de empresa –garantía institucional y derecho subjetivo- y dando, por lo demás, como artificiosa a este efecto la oposición entre derecho fundamental y garantía institucional, el carácter de derecho subjetivo de la libertad de empresa no puede discutirse en términos jurídicos sistemáticos tal y como la reconoce nuestra CE, consagrándola en su art. 38 en plano bien distinto al de los principios rectores del Capítulo Tercero del Título I. Otra cosa es que, frente a los derechos fundamentales de la Sección Primera del Capítulo Segundo de ese mismo Título, no goce del recurso de amparo, pero ello no le priva de la restante protección derivada del art. 53 de la CE.

El problema estriba en la delimitación de la libertad de empresa y su eventual contenido esencial⁹ frente a la ordenación que puedan establecer los poderes públicos.

⁹ El TC ha subrayado que la libertad de empresa viene a “establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. Límites cuyo mantenimiento, como el de aquéllos que definen los demás derechos y libertades consagrados en el capítulo II del Título I de la CE, está asegurado por un doble garantía, la reserva de ley y lo que resulte de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo que el legislador no puede disponer, de un contenido esencial” (STC 37/1981 y 225/1993).

A este respecto, también se ha pronunciado la doctrina. Según unos, toda regulación legal limitante de la libertad de empresa sería inconstitucional, operando ésta como un obstáculo insalvable para el legislador, o al menos sin que los principios rectores ni la intervención de la Administración pública puedan operar como límites prevalentes sobre su ejercicio. Para otros, esta posibilidad sería acorde con el modelo económico de la CE, y de hecho así lo ha concluido el Tribunal Constitucional¹⁰.

En mi opinión, va de suyo que la libertad de empresa podrá ser “delimitada” por el legislador en equilibrio con las demás previsiones de la CE, interpretadas armónicamente. Para empezar, las que la CE expresamente establece (las exigencias de la economía general y en su caso la planificación –art. 38-, y las derivadas necesariamente de los bienes jurídicos que expresan los principios rectores del sistema económico social). Es en tales previsiones, que delimitan el propio contenido esencial de la libertad de empresa, donde hallará su fundamento y su límite el legislador al regular la libertad de empresa. De ahí que la planificación no puede pasar de indicativa o que iniciativa pública en la actividad económica no puede alcanzar niveles que desvirtúen el carácter que la libertad de empresa ha de tener como marco referencial básico de nuestro sistema económico.

La CE consagra asimismo en su art. 38 la economía de mercado, estando su funcionalidad íntimamente ligada a la libertad de empresa. Consecuentemente, los poderes públicos no podrán adoptar medidas que llegaran a hacer irreconocible la economía de mercado, es decir, un sistema en el que el proceso de asignación de recursos es determinado, salvo excepciones, por un orden espontáneo, por el mercado y la libre competencia regulados apropiadamente, teniendo en cuenta, claro está, que esa regulación apropiada ha de conllevar toda la connotación social de esa economía de mercado.

De esa manera, la economía de mercado aparece así como marco condicionante de la actuación de los poderes públicos. En primer lugar, en cuanto a las medidas de ordenación e intervención general. Se ha llegado a decir que las mismas deberán ser “conformes al mercado”, reconduciendo al mercado y sus reglas, sectores y situaciones, si bien hay que tener en cuenta que el carácter de institución constitucionalmente garantizada de la economía de mercado permite al legislador un mayor grado de libertad. En segundo lugar, la actuación de los poderes públicos como sujetos de actividad económica deberá producirse en igualdad de trato y sujeción al mismo

¹⁰ “La libertad de empresa...se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado, y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio” (STC 227/1993).

principio de libre competencia que la privada, requiriéndose en otro caso que se cumplan las rígidas exigencias establecidas por el art. 128.2 de la CE.

3.2. La iniciativa pública en la actividad económica

El art. 128.2 de la CE establece: “Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector públicos recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.

El precepto contempla tres supuestos distintos. Dejando al margen el de la intervención de empresas (en el que estrictamente no hay actuación de los poderes públicos como sujetos de actividad económica, sino sustitución temporal y excepcional de los órganos de gestión de una empresa privada por razón de interés público), el art. 128.2 CE consagra dos hipótesis de actuación del sector público en la actividad económica: la mera iniciativa pública en la economía, actuando el Estado como un sujeto más de la actividad económica empresarial junto a los particulares, y la actuación con reserva a su favor de los recursos o actividades de que se trate que quedarán desde ese momento excluidos de la iniciativa privada.

El primer inciso (Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica) supuso la apertura del sistema de relaciones económicas a una dualidad de agentes (iniciativa privada, iniciativa pública) sin estar ésta última sujeta a exigencias distintas que las primera, con lo que la CE habría conseguido al tiempo y respectivamente en sus arts. 38 y 128.2, la libre iniciativa privada y la “libre” iniciativa pública. Los poderes públicos podrían así desarrollar actividades económicas sin que la libertad de empresa y la economía de mercado se vieran afectadas, pues las empresas públicas producto de esa iniciativa pública han de actuar también con sujeción a la libre competencia y a las mismas condiciones que las privadas.

Así pues, lo determinante de la previsión constitucional sería la posibilidad de una coexistencia concurrente en competencia e igualdad de trato jurídico entre empresa pública y empresa privada.

Mayores problemas plantea definir el alcance de esa coexistencia. Para empezar, si la iniciativa pública ha de ser subsidiaria de la privada o, sin más, resulta compatible de manera incondicionada con esta última. En general la doctrina ha interpretado que la compatibilidad de la iniciativa pública con la privada es incuestionable, sin que sea necesaria ninguna justificación o legitimación causal específica al efecto; al cabo en ello –sustitución del principio de subsidiariedad de la iniciativa pública pro el de compatibilidad- radicaría la novedad del modelo económico de la CE 1978 frente al

anterior principio de subsidiariedad del Estado que habría quedado arrumbado. Aún así, debemos señalar que la iniciativa pública está condicionada por determinados requisitos, y por las implicaciones del interés general que aparece en los arts. 128.2 y 103 de la CE como esencia de la actividad de la Administración.

La necesidad de ley previa para el ejercicio de la mera iniciativa pública en la actividad económica es discutible. El art. 128.2 CE exige esta formalidad sólo para el caso de la reserva pública de recursos o servicios, no para la mera iniciativa pública concurrente con la privada.

3.3. La excepción a la libertad de empresa y el mercado: las reservas públicas de recursos y servicios

Si en su primer inciso el art. 128.2 contempla la actuación del Estado como sujeto de actividad económica concurrente y en competencia con el sector privado, en su inciso segundo establece la posibilidad de que por ley se reserven al sector público recursos o servicios esenciales. En virtud de esa reserva, libertad de empresa y el mercado quedarán exceptuados para los recursos y servicios de que se trate, al impedir aquélla que los particulares puedan ser titulares de esos recursos o de la explotación de tales servicios, como consecuencia de lo cual no habrá concurrencia con la iniciativa privada –que tendrá vedado el acceso a tales actividades-, ni mercado de oferta, ni posibilidad de libre competencia.

Este segundo inciso del art. 128.2 CE está haciendo referencia a la institución del servicio público en sentido estricto, como monopolio público sobre una actividad, al contemplar la posibilidad de la titularidad pública exclusiva sobre la prestación de determinados servicios, excluyéndolos de la iniciativa privada y reservándolos al sector público.

- Requisitos de la “publicatio” con reserva de la actividad al sector público

Según dispone el art. 128.2 CE, la reserva de una actividad o servicio al sector público deberá cumplir las siguientes exigencias: efectuarse mediante ley y con arreglo a los requisitos que según dicho precepto deben fundamentar esa decisión legal; es decir, el carácter “esencial” del servicio y que la misma tenga lugar “cuando así lo exigiere el interés general”, a lo que el precepto añade una hipótesis específica “especialmente en caso de monopolio”.

A) Declaración legal

La potestad de reserva de un servicio al sector público queda atribuida exclusivamente al legislador cualquiera que sea el ente público beneficiario de la

reserva. Por eso los entes públicos sin potestad legislativa (entes locales) precisarán al efecto de una ley previa que atribuya esa reserva a su favor.

Además, deberá efectuarse a través de una expresa y específica declaración legal que contemple un tipo de servicio o servicios determinados y no una reserva en abstracto. Por ello, no sería posible que, aún por ley, se efectúe una habilitación genérica al Ejecutivo para que éste establezca la eventual reserva al sector público de cualesquiera servicios o de servicios no determinados legalmente con carácter previo. Pero, a partir de aquí, la remisión al Ejecutivo puede ser amplia, incluyendo el supuesto de reservas cuya efectividad (una vez declarada por ley y sobre servicios legalmente especificados) puede quedar en manos de aquél.

La ley necesaria para la reserva ¿ha de ser ley estatal o puede ser ley de las CCAA? Esta última posibilidad resulta muy problemática. El desarrollo de la atribución estatutaria a las CCAA de competencia para crear y gestionar un sector público propio no plantea mayores dificultades si se articula a través de la iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2, primer inciso, CE), pero sería muy cuestionable que ello pueda tener lugar a través de una reserva pública de actividades por ley autonómica sin previa ley estatal que opere como cobertura, y claro está dentro del campo competencial de la Comunidad. Sobre todo porque, de no ser así, los principios de igualdad, de unidad de mercado y de libre circulación (art. 149.1.1 y 139.2 CE) quedarían en entredicho.

B) Esencialidad de los servicios

Según el art. 128.2 CE los recursos o servicios objeto de la reserva a favor del sector público han de ser esenciales. Qué debemos entender por servicios esenciales no es cuestión unánime en la doctrina. En lo que si existe una posición mayoritaria es en su concepción como concepto jurídico indeterminado, lo que dificulta su acotamiento jurídico. Por ello, dado el carácter abierto que tiene el concepto de servicios esenciales, se trata de un supuesto de valoración política y no jurídica, siendo en definitiva, esa esencialidad, a fin de cuentas, sinónimo de utilidad pública o interés social.

La reserva de servicios al sector público facultado por el art. 128.2 CE es una opción del legislador, y como tal alternativa, en el contexto del propio precepto, a que sea la propia sociedad quien desarrolle las actividades, o bien a una situación de paralela actividad pública y privada. Por ello, la concreción, la apreciación de la esencialidad de los servicios está en manos de la discrecionalidad o la valoración política del legislador al decidir la propia reserva, y sin que éste se halle en principio vinculado por un contenido dado de dicha esencialidad determinable “a priori”. De ahí que podamos

hablar del carácter meramente “lógico” de la esencialidad de tales servicios: es en la propia reserva efectuada por el legislador cuando se acota en unidad de acto el carácter esencial de los servicios que se reservan. La esencialidad de los servicios no sería pues un dato objetivable materialmente con carácter previo y condicionante de la reserva, sino que se imbricaría substancialmente con el propio hecho de ésta, es decir, con la decisión del legislador.

C) La cláusula “especialmente en caso de monopolio”

El art. 128.2 CE contempla expresamente que la reserva a favor del sector público pueda tener lugar “especialmente en caso de monopolio”. Se incluye así como hipótesis específica de la eventual reserva al sector pública, la existencia de una situación de monopolio, derivada bien de la dinámica del mercado, bien de la propia naturaleza de la actividad de que se trate abocada “per se”, por razones económicas, tecnológicas o logísticas, a ser desarrollada en monopolio. El precepto especifica ese supuesto de reserva como uno de los posibles, pero sin descartar, claro está, que la misma pueda tener lugar en otros supuestos en que no se dé esa situación de monopolio.

D) El interés general como causa

El servicio público –como al cabo la Administración pública en su conjunto ex art. 103 CE- es un instituto enderezado al logro del interés general. Pero por si ese condicionante de trasfondo fuera poco, el art. 128.2 CE cierra sus previsiones con este inciso final “cuando así lo exigiere el interés general”.

3.4. Los servicios de interés general

En los últimos años en el seno de la Unión Europea se ha desarrollado una tendencia ideológica basada en la defensa del mercado y de la iniciativa privada, de manera que se muestra partidaria de relegar a los poderes públicos a funciones de regulación y control, salvo excepciones justificadas o derivadas de previsiones constitucionales. Para esta concepción, incluso cuando la libre competencia económica no garantiza por sí misma la prestación de los servicios básicos, cabe una alternativa a la expansión de los servicios públicos, la de imponer a las empresas privadas prestadoras de servicios básicos obligaciones y límites por razones de interés público. Según este modelo, las empresas privadas que prestan servicios esenciales para la sociedad (agua, energía, transportes, telecomunicaciones, etc) en régimen de libre competencia pueden ser constreñidas por el legislador a asumir algunas prestaciones no rentables y ser sometidas a regulaciones y condiciones que garanticen el acceso de cualquier ciudadano a tales servicios a un coste razonable.

Ello ha ido acompañado de un proceso de privatización de actividades públicas, lo que no solo ha afectado a las empresas públicas que producían bienes y servicios para el mercado en régimen de libre competencia, sino también a los antiguos monopolios públicos (por ejemplo, la Telefónica) y a la prestación de servicios esenciales considerados como servicio público (servicios postales, transporte aéreo, ferroviario, terrestre, telecomunicaciones, energía, radiotelevisión).

Además, el principio de libre competencia empresarial ha adquirido una gran relevancia, lo que ha determinado una intensa apertura a la libre competencia incluso en las actividades prestacionales de la Administración, lo que ha dado lugar a que algunos hablen de la muerte del servicio público.

Sin embargo, esta crisis del concepto del servicio público tiene sus límites. En principio, no afecta a los servicios de autoridad (justicia, defensa, seguridad pública) ni de solidaridad (por ejemplo, servicios sociales). Así, la liberalización solo alcanza a los servicios y actividades que pueden ser prestados por las entidades privadas mediante contraprestación, es decir, los servicios que son económicamente rentables. Por otra parte, los poderes públicos no pueden desentenderse del servicio, pues deben garantizar la satisfacción de necesidades esenciales de los ciudadanos.

Todo ello ha dado lugar a la aparición en el seno de la Unión Europea de un nuevo concepto en parte coincidente con el de servicio público: el de servicios de interés general.

El punto de partida es el de la regulación de la libre competencia económica y sus excepciones. Las empresas están sometidas a las normas comunitarias, y en particular a las normas sobre competencia.

Ahora bien, el art. 86.2 TCE (art. 106.2 TFUE) establece que las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedan sometidas al Tratado en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida el cumplimiento de la misión a ellas confiada (Sentencias Corbeau de 19-05-1993 y Almelo, 27-04-1994). En cualquier caso, el desarrollo de los intercambios no debe quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.

El art. 16 TCE (art. 14 TFUE) (incluido en la Primera Parte del Tratado, que recoge los Principios de la Unión) reconoce los servicios de interés general como un valor común de la Unión, así como su papel en la promoción de la cohesión social y territorial. Se trata, por tanto, de un elemento esencial del modelo europeo de sociedad, por lo que no constituye una simple excepción a las reglas de la competencia. En consecuencia, tanto la Unión como los Estados miembros vienen obligados a velar por

ellos y para que las actividades y servicios materiales en que se traducen se presten "con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido".

Servicios públicos de interés general son actividades que cumplen misiones de interés general. Por ello, están sometidos a obligaciones de servicio público en atención a razones diversas que plasman valores colectivos socialmente asumidos (la cohesión social, el medio ambiente, la garantía de un mínimo común de bienestar, etc).

El concepto de servicio de interés general no equivale al de servicio público, sino que tiene un enfoque funcional: no pone el acento en quién posee la titularidad del servicio o quien lo presta efectivamente, ni en su régimen jurídico formal. El acento se pone en la correspondencia del servicio con las necesidades de interés general, lo que implica su sometimiento a obligaciones y reglas que excepcionan la libre competencia y que se definen propiamente como obligaciones de servicio público.

Servicios de interés general son los servicios y actividades que las autoridades públicas consideran de interés general por su relevancia y que, sometidos o no a la disciplina de mercado, están sujetos a obligaciones específicas de servicio público.

La distinción más importante a estos efectos es la que se fija entre los servicios económicos y los no económicos, ya que el art. 86.2 TCE (art. 106.2 TFUE) alude únicamente a los servicios de interés económico general.

En primer lugar, los servicios de interés general económicos consisten en una actividad por la que se ofrecen bienes y servicios en el mercado. Entre ellos se encuentran los grandes servicios de redes (ferrocarril, servicios postales, gas, electricidad, telecomunicaciones). En cuanto a los demás, depende de cada legislación. Así, suelen incluirse también el abastecimiento de agua, la gestión de residuos, el saneamiento y depuración de aguas residuales urbanas, y servicios de radiotelevisión. Tales servicios pueden ser de titularidad pública o privada, por lo que pueden ser servicios públicos o no, aunque si lo son difícilmente pueden configurarse como monopolios públicos, pues están sometidos al régimen de la competencia. Pero lo característico en relación con todos estos servicios es que los poderes públicos no hacen dejación de las responsabilidades que les corresponden para garantizar el interés general. Por ello pueden ser sometidos a una estricta regulación (por ello se habla de sectores regulados), y se les imponen obligaciones de servicio público y, en su caso, de servicio universal.

- Obligaciones de servicio público son obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos al proveedor del servicio para garantizar determinados objetivos de interés público: creación y mantenimiento de ciertas

infraestructuras, estándares de calidad del servicio, seguridad del suministro, puesta a disposición obligatoria de las redes para otros operadores, límites tarifarios, exigencias de protección ambiental, garantías de acceso al servicio de personas desfavorecidas o con minusvalías, etc. Tales obligaciones pueden venir impuestas por la normativa europea o interna, y en su caso los gastos pueden venir reembolsados mediante ayudas públicas (por ejemplo, art. 73 TCE -art. 93 TFUE- para el transporte), pero no existe una obligación general de compensación a cargo del Estado.

- El modelo de servicio universal es más limitado y se refiere a determinadas prestaciones básicas que deben ser aseguradas en todo caso y para cualquier usuario por los operadores de los servicios de interés general, incluso cuando se trata de servicios liberalizados prestados en régimen de libre competencia, y ello en condiciones específicas de calidad, a un precio asequible y con una cobertura territorial completa. Es el caso de ciertos servicios de telecomunicaciones (art. 22 ss LGT), servicios postales básicos (Ley 24/98) o de determinadas rutas de transportes, etc.

La asunción de estas obligaciones puede ser objeto de una compensación económica para garantizar la rentabilidad del servicio en su conjunto, ya sea por vía tarifaria o mediante la reserva de otros derechos o servicios en exclusiva a los operadores que se hacen cargo de aquellos servicios universales, o mediante la creación de fondos de compensación.

Por otro lado, los servicios de interés general no económicos, son aquellos en los que prevalece no la finalidad lucrativa, sino la cívica o social. Con respecto a ellos no rige la regla de la libre competencia, por lo que cabe la reserva de su titularidad a una Administración o la atribución de derechos exclusivos o especiales de gestión a organizaciones o entidades, respetando los principios de no discriminación y, en su caso, los propios de la contratación pública para la gestión del servicio (publicidad, igualdad, libre concurrencia).

No obstante, se trata de un concepto dinámico, que puede variar, ya que muchos de estos servicios pueden adquirir una dimensión económica que antes no tenían.

Como regla cabe incluir entre ellos los servicios de solidaridad (educación, sanidad, Seguridad Social obligatoria, servicios sociales o asistenciales, servicios culturales en general) (Sentencias TJCE 17-02-93, Poucet and Pistre; 21-09-99, Albany). Se suelen organizar como servicios de titularidad pública, es decir, como servicios públicos en sentido tradicional. Ello sin perjuicio de la concurrencia de la

iniciativa privada (por ejemplo, en el ámbito sanitario y educativo), sometida, sin embargo, a normas y controles rigurosos.

4. FORMAS DE GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

Una vez que la Administración ha constituido un servicio determinado y ha configurado los aspectos básicos de su organización y prestación, la Administración es la titular de ese servicio, y por lo tanto, la última responsable del mismo: ahora bien, la gestión del servicio podrá desarrollarla directamente mediante su propia organización; o indirectamente, encomendando su prestación a un tercero.

Debe recordarse que ha sido la legislación local la que ha albergado una regulación más acabada de los servicios públicos, y en particular, de los modos de gestión; de ahí que nuestras referencias sean continuamente al ordenamiento local.

La decisión de gestionar un servicio de forma directa o indirectamente corresponde a la propia Administración, decisión que, sin perjuicio de las consideraciones de oportunidad que tenga que atender, hasta hace poco, solamente venía vinculada por la regla contenida en el art. 85.3 y 95.1 de la Ley de Bases de Régimen Local y Texto Refundido del Régimen Local, respectivamente, regla que ordenaba la gestión directa de aquellos servicios cuya prestación implicasen ejercicio de autoridad.

Sin embargo, la realidad ha demostrado que esta regla, si bien atendía a una impecable lógica –la autoridad la ejercen los poderes públicos- en la actualidad no se mantenía de forma rigurosa, ya que la prestación del servicio exigía a veces la utilización de instrumentos exorbitantes, de naturaleza pública, instrumentos de que ha de servirse la entidad encargada de la prestación, aunque sea privada, tal como ocurre con el concesionario, todo lo cual hacía que la citada regla no pudiera aplicarse de forma rigurosa. De ahí que la nueva redacción dada al art. 85.3 de la Ley de Bases de Régimen Local, por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, haya establecido otro tipo de reglas, como son, primero que *la gestión de los servicios se haga de la forma más sostenible y eficiente*, y segundo que, *se atienda en todo caso a la reserva del ejercicio de funciones que corresponde a funcionarios públicos establecido en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público*.

En todo caso, la opinión por uno u otro modo de gestionar el servicio habrá de estar respaldada por el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación en Pleno, art. 22.2 f) y 47.2 k) de la LBRL.

Se debe dar una relativa adecuación entre la naturaleza del servicio o actividad que se presta y la forma de gestión empleada; así, mientras la concesión sólo es posible en los servicios de naturaleza económica, en cambio los de tipo asistencial postulan la gestión directa.

Sentado lo anterior, con el derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se establecía la siguiente clasificación de los modos de gestionar los servicios públicos:

Gestión Directa:

- Gestión indiferenciada sin órgano especial.
- Como servicio público personificado, mediante la creación de un Organismo Autónomo, Agencia Estatal o de otro ente público que preste el servicio.
- En forma de sociedad privada.

Gestión indirecta a través de:

- Concesión.
- Concierto

Gestión mixta.

- Gestión interesada.
- Como Sociedad de Economía mixta.

Esta tradicional clasificación, atendía a la LCAP, art. 156 del TRLCAP y al RSCL.

Si bien, hoy día tiene otro encuadre, en virtud de lo estipulado en el Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y la nueva redacción dada al art. 85.2 de la LBRL por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de las entidades locales, que establece que:

«2. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

A) Gestión directa:

a) Gestión por la propia Entidad Local.

b) Organismo autónomo local.

c) Entidad pública empresarial local.

d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos”.

La gestión directa es la realizada por la propia Administración, por sí misma o mediante la utilización instrumental de una persona jurídica vinculada a aquella jurídica y económicamente.

En el primer caso, la entidad local puede actuar a través de sus órganos ordinarios, de manera indiferenciada respecto de las restantes actividades de la misma, o a través de una «organización especializada».

El segundo sistema de gestión directa, consiste en la creación de una persona jurídica instrumental ya sea de derecho público o de derecho privado, participada íntegramente por el Ente público. La consideración de estos entes instrumentales como «medios propios», a los efectos de lo dispuesto en los artículos 4.1) y 8.2 del TRLCSP, viene regulada en el artículo 24.6 TRLCSP, y requiere que la totalidad de su capital sea de titularidad pública, tal y como estableció la Sentencia del TJCE de 11 de enero de 2005 (Asunto C-26/03, Stadt Halle), —y ha sido corroborado por la STJCE 8 de abril de 2008, (asunto Comisión Vs. República Italiana) y la STJCE de 10 de septiembre de 2009, (Asunto Sea srl.)— pues la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad, en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata, excluye en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

La gestión indirecta, es la operada a través de diversas formas o instituciones de origen y base contractual, mediante las que la Administración mantiene la titularidad del servicio y la responsabilidad última de su prestación, confiando el ejercicio o explotación de la actividad a persona distinta, sin perjuicio de la posibilidad de intervención mediata en ella. Las modalidades de la contratación en la gestión indirecta de servicios públicos, se regulan en el artículo 277 TRLCSP, el cual establece las siguientes modalidades de gestión *indirecta* de servicios públicos.

- a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.
- b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.
- c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.
- d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

Desde una perspectiva doctrinal, se ha considerado que el contrato de gestión de servicios públicos no es una figura contractual definida, sino que bajo su rúbrica común se encubre una pluralidad de diversas técnicas contractuales, siendo, más que un tipo contractual definido, una simple técnica de gestión de los servicios públicos.

El estatuto jurídico del servicio público ha sido construido, históricamente, sobre la concesión, pero es aplicable igualmente a otras formas de gestión indirecta (antiguamente gestión interesada, concierto, arrendamiento o empresa mixta), si bien cada uno de éstas introducirá en aquél determinadas variantes o peculiaridades.

Por otro lado, la jurisprudencia ha llegado a conclusiones parecidas acerca de la naturaleza del contrato de gestión de servicios públicos. La sentencia del Tribunal Supremo del 27 de Enero de 1992 declara lo siguiente:

En el ámbito del Derecho Administrativo no existe -pese a que otra cosa pudiera parecer a tenor de la Ley de Contratos del Estado- un contrato específico de gestión de servicios públicos, sino que es necesario hablar de una pluralidad contractual diferenciada a través de la que es posible dar cabida a todo tipo de gestión indirecta de un determinado servicio público.

El Derecho positivo define este contrato como un vínculo jurídico a partir del cual una persona natural o jurídica se compromete a gestionar servicios de competencia pública cuando éstos reúnan los siguientes requisitos:

- Que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares.
- Que exista un régimen jurídico básico que atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones a favor de los administrados y que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia.

Concretamente la concesión, fórmula más utilizada de gestión indirecta, se caracteriza porque la Administración ostenta la titularidad del servicio, y mediante una regulación contractual de las condiciones, entrega su prestación y el contenido económico correspondiente a un particular o empresa privada, que asume la gestión y riesgo, obligándose frente a la Administración a responder de la marcha regular del servicio público, a mantener en buen estado los bienes que explota, a admitir el goce del servicio a todo aquel que cumpla los requisitos, a la restitución de los bienes si la concesión caduca o se extingue y en su caso, al pago a la Administración de un canon. El concesionario, por su parte, percibe a cambio las tasas, tarifas o precios fijados por la utilización del servicio público.

El único cambio afecta a lo instrumental: las normas que rigen el funcionamiento de cada servicio deja paso a normas privadas, pero sin cambiar el modo de gestión, que sigue siendo indirecto.

Ante situaciones de crisis económica como la actual, parece que estas formas de gestión indirecta se convierten en instrumentos eficaces para racionalizar el gasto público y reducir el déficit financiero sin merma del Estado del Bienestar ¹¹.

4.1. Gestión de los servicios públicos locales en Andalucía

En este contexto, resulta de interés que nos detengamos en la regulación contemplada en el capítulo I del título II de la Ley de Autonomía Local de Andalucía (en adelante, LAULA), que de conformidad con la competencia exclusiva que sobre modalidades de prestación de los servicios públicos locales tiene atribuida la Comunidad Autónoma de Andalucía en el art. 60.1.c) del EAA, ha establecido una novedosa regulación sobre las formas de gestión de los servicios públicos locales en nuestra comunidad autónoma.

Antes de entrar en los tipos de gestión de servicios públicos contemplados la LAULA, vemos oportuno citar brevemente las novedades contempladas en cuanto a los servicios públicos locales.

Los servicios públicos locales se definen en la LAULA como aquellos que prestan o regulan y garantizan las entidades locales en el ámbito de sus competencias y bajo su responsabilidad, así como las actividades y prestaciones que realizan a favor de la ciudadanía orientada a hacer efectivos los principios rectores de las políticas públicas contenidos en el Estatuto de Autonomía para Andalucía, otorgándole plena libertad a las entidades locales, actuando de forma individual o asociada, para constituir, regular, modificar y suprimir los servicios locales de interés general de su competencia, de acuerdo con la ley y el Derecho europeo.

¹¹ Prueba de ello es, por ejemplo, el Plan de reordenación de la asistencia sanitaria madrileña aprobado por la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Madrid, con el que se pretende adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en seis hospitales inaugurados en 2008. Se trata del mayor plan de gestión privada de la sanidad pública puesto en marcha en España y supone que la atención de cerca de 1,5 millones de madrileños pase a manos de empresas. No obstante, debemos señalar que contra el mismo se han planteado diferentes recursos jurisdiccionales. Así, el recurso de inconstitucionalidad núm.1884/2013 interpuesto contra los artículos 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid, y el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Resolución de 30 de abril de 2013 de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, por la que se hizo pública la convocatoria para la licitación del contrato de servicios denominado “Gestión por concesión del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a los hospitales universitarios “Infanta Sofía”, “Infanta Leonor”, “Infanta Cristina, del Henares del Sureste y del Tajo”. Resolución ésta que por Auto de 11 de septiembre de 2013 de la Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se acordó su suspensión cautelar, que ha sido recientemente confirmada por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de enero de 2014.

Previa regulación de los principios informadores, art. 27 de la LAULA, tales como universalidad, igualdad y no discriminación, continuidad y regularidad, precio adecuado a los costes del servicio, economía, suficiencia y adecuación de medios, objetividad y transparencia en la actuación administrativa, prevención y responsabilidad por la gestión pública, transparencia financiera y en la gestión, adecuación entre la forma jurídica y el fin de la actividad encomendada como límite de la discrecionalidad administrativa, etc; se clasifican los servicios locales de interés general como de servicio público y servicio reglamentado, los primeros se prestan cuando la propia entidad local realiza, de forma directa o indirecta, mediante contrato administrativo, la actividad objeto de la prestación, y los segundos son prestados cuando la actividad que es objeto de la prestación se realiza por particulares conforme a una ordenanza local del servicio que les impone obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general; igualmente se definen los servicios públicos básicos y los reservados.

A este respecto, es importante señalar, la novedosa regulación de los denominados servicios públicos básicos esenciales para la comunidad, art. 31 de la LAULA diferenciándolos de los contenidos en el art. 26.1 de la LRBRL (servicios mínimos). Así los servicios públicos básicos son los contemplados en el 92.2.d) del EAA, esto es, el abastecimiento de agua, el tratamiento de aguas residuales, la recogida y tratamiento de residuos, la limpieza viaria, la prevención y extinción de incendios, y el transporte público de viajeros, a los cuales se establece la posibilidad de reserva a favor de los municipios (sin perjuicio de que mediante ley, puede efectuarse la reserva para otros servicios) para la prestación efectiva en régimen de monopolio de los servicios públicos (requiriéndose mayoría absoluta del Pleno de la Corporación, previo expediente de conveniencia y oportunidad).

Cuestión ahora importante será determinar cómo quedan dichas competencias municipales establecidas a nivel autonómico y que deberán de acomodarse a la nueva regulación de competencias establecida en la Ley de Bases de Régimen Local, puesto que no debemos olvidar que el Estado tiene *competencia exclusiva sobre las Bases del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas*.

Hecho este inciso, la LAULA contempla las distintas formas de gestión, directa por la propia entidad, o de forma indirecta, mediante modalidades contractuales de colaboración.

Lo significativo de esta regulación son las distintas modalidades de gestión directa que prevé la LAULA, la cual ha seguido el modelo de organización instrumental creado

con la Ley 9/2007, de 29 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, con el siguiente detalle:

- a) Prestación por la propia entidad local.
- b) Agencia pública administrativa local.
- c) Agencia pública empresarial local.
- d) Agencia especial local.
- e) Sociedad mercantil local.
- f) Sociedad interlocal.
- g) Fundación pública local.

Las agencias administrativas locales son entidades públicas que se rigen por el Derecho Administrativo, a las que se atribuye la realización de actividades de promoción, prestacionales, de gestión de servicios públicos y otras actividades administrativas de competencia de las entidades locales, salvo las potestades expropiatorias, sin que puedan ejercer actividades económicas en régimen de mercado. Se rigen por el mismo régimen jurídico de personal, presupuestario, económico-financiero, patrimonial, de control y contabilidad que el establecido para las entidades locales. Disponiendo de las potestades que tengan atribuidas de manera expresa por sus estatutos, como órganos, existirá un Consejo Rector, cuya composición y atribuciones se determinarán en los estatutos de la entidad.

Agencia pública empresarial local, son aquellas entidades públicas a las que se atribuye la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación, pero no se les puede atribuir ejercicio de actividades administrativas. Éstas se rigen por el Derecho Privado, excepto en las materias de formación de voluntad de sus órganos y ejercicio de las potestades administrativas que expresamente tengan atribuidas en sus estatutos y en los aspectos específicamente regulados en la legislación de haciendas locales, en sus estatutos y demás disposiciones de general aplicación. Ejercerán únicamente las potestades administrativas que expresamente se les atribuyan y sólo pueden ser ejercidas por aquellos órganos a los que en los estatutos se les asigne expresamente esta facultad. No podrá atribuirse a las agencias públicas empresariales locales cuyo objeto sea exclusivamente la producción de bienes de interés público en régimen de mercado potestades que impliquen ejercicio de autoridad. Las agencias públicas empresariales

locales estarán regidas por un Consejo de Administración cuya composición y atribuciones se determinarán en los estatutos de la entidad.

Agencia especial local, son entidades públicas a las que se atribuye cualquiera de las actividades propias de las agencias públicas administrativas locales y agencias públicas empresariales locales, siempre que se den las siguientes circunstancias:

- a) Que se les asignen funciones que impliquen ejercicio de autoridad.
- b) Que requieran especialidades en su régimen jurídico.

Se rigen por el Derecho Privado, excepto en materia de formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en la LAULA, en sus estatutos y demás disposiciones de general aplicación.

La actuación se ajusta a un plan de acción anual, bajo la vigencia y con arreglo a un pertinente contrato plurianual de gestión, que definirá los objetivos a perseguir, los resultados a obtener y, en general, la gestión a desarrollar (competencia de Pleno).

Existe una Comisión de Control, cuyas funciones y composición se determinarán en los estatutos, a la que corresponderá informar sobre la ejecución del contrato de gestión.

Como disposiciones comunes a todas las agencias locales citadas en el art. 37 de la LAULA se establece que:

1. La creación, modificación, fusión y supresión de las agencias públicas administrativas locales, de las agencias públicas empresariales locales y de las agencias especiales corresponderá al Pleno de la entidad local, que deberá aprobar sus estatutos.
2. Los estatutos de las agencias locales habrán de ser aprobados y publicados previamente a la entrada en funcionamiento efectivo e incluirán como contenido mínimo su denominación, funciones y competencias, con expresa indicación de las potestades que tengan atribuidas y determinación de los máximos órganos de dirección del organismo.

Sociedad mercantil local, tiene por objeto la realización de actividades o la gestión de servicios de competencia de la entidad local. Se rigen por derecho privado, salvo en materias que sea de aplicación la normativa patrimonial, presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, sin perjuicio de lo

señalado en la legislación que resulte expresamente aplicable como garantía de los intereses públicos afectados.

La sociedad mercantil local deberá adoptar alguna de las formas de sociedad mercantil con responsabilidad limitada y su capital social será íntegramente de titularidad directa o indirecta de una entidad local. Los estatutos deberán ser aprobados por el Pleno de la entidad local, que se constituirá como junta general de la sociedad, y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento de la sociedad. En ellos se determinará la forma de designación y funcionamiento del consejo de administración, los demás órganos de dirección de la misma y los mecanismos de control que, en su caso, correspondan a los órganos de la entidad local.

Sociedad interlocal, puede crear o participar en sociedades interlocales para la prestación conjunta de actividades y servicios de su competencia, prestación que tendrá la consideración de gestión propia siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que el capital sea exclusivamente público local, con prohibición expresa de entrada de capital privado.
2. Que las entidades locales integrantes ejerzan un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.
3. Que la adopción de acuerdos se tome por mayoría, así como la integración de los órganos sociales por los entes que la componen.
4. Que no puedan tener encomendadas actividades de mercado.

Como forma de gestión propia, las sociedades interlocales sólo pueden prestar su actividad en el territorio de las entidades locales que las crean.

Fundación pública local, son aquellas fundaciones que:

1. Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la entidad local, sus entidades vinculadas o dependientes o empresas, así como aquellas en las que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por dichas entidades.
2. Aquellas en las que la entidad local tenga una representación mayoritaria, entendiéndose que existe ésta cuando más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia de la fundación sean

nombrados por la entidad local directamente o a través de cualquiera de sus entidades, vinculadas o dependientes, o empresas.

La creación y extinción de las fundaciones públicas locales, la adquisición y pérdida de la representación mayoritaria, así como la modificación de sus fines fundacionales, requerirán acuerdo previo del Pleno de la entidad. El acuerdo determinará las condiciones generales que deben cumplir todos estos actos y designará a la persona que haya de actuar por ella en el acto de constitución y, en su caso, a su representación en el patronato.

Las fundaciones públicas locales no podrán ejercer potestades públicas, sino que únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades locales fundadoras, debiendo contribuir a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de la titularidad de las competencias de estas.

En todo caso, corresponde a las entidades locales la designación de la mayoría de los miembros del Patronato.

En los aspectos no regulados específicamente en la LAULA, las fundaciones públicas locales se registrarán, con carácter general, por la legislación sobre fundaciones, contratos del sector público, patrimonio, haciendas locales u otra que resulte de aplicación.

En cuanto a la gestión indirecta, la LAULA establece las modalidades contractuales previstas para el contrato de gestión de servicios públicos

Se contempla en el art. 43 de la LAULA la empresa mixta de colaboración pública-privada, disponiendo que los entes locales puedan gestionar los servicios locales de interés económico general mediante la constitución o participación en empresas mixtas, o sociedades mercantiles con limitación de responsabilidad cuyo capital sólo parcialmente pertenece, directa o indirectamente, a la entidad local.

En todo caso, la LAULA obliga a que en el proceso de constitución de estas sociedades se asegure la libre concurrencia y la igualdad de oportunidades del capital privado, por lo que la selección del socio privado estará sujeta a los procedimientos de concurrencia que resulten de aplicación según la legislación de contratos del sector público.

Igualmente se prevé en el art. 45 de la LAULA, en los términos del artículo 128.2 de la CE, que las entidades locales andaluzas podrán ejercer la iniciativa pública económica en régimen de libre concurrencia, para ello, se dispone que preferentemente adoptarán la forma de empresa pública local, teniendo tal consideración cualquier

sociedad mercantil con limitación de responsabilidad en la que los entes locales ostenten, directa o indirectamente, una posición dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen. En todo caso, las empresas públicas locales tendrán por objeto la realización de actividades comerciales o de gestión de servicios en régimen de mercado, actuando bajo el principio de la libre competencia, y sin que puedan ejercer potestades públicas (aprobación por Pleno previo expediente de conveniencia y oportunidad). Cualquiera que sea su forma jurídica, la empresa pública local se registrará por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia, patrimonial y de contratación.

Para tales empresas la LAULA establece el principio de transparencia en sus relaciones financieras, según el cual tendrán el deber de suministrar información, en los plazos que se establezcan en sus estatutos, a la administración local de la que dependan, sobre la recepción de fondos enviados por las distintas Administraciones Públicas.

5. LA PRIVATIZACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN TIEMPOS DE CRISIS, ¿CAIDA DEL ESTADO DEL BIENESTAR?

Es importante empezar por una breve delimitación de los conceptos, ya que en no pocas ocasiones se usan de forma inapropiada.

El término “privatización” puede tener un triple significado:

- a) atribución al sector privado de tareas o funciones que eran competencia y responsabilidad pública (privatización material);
- b) gestión (indirecta) de tareas o funciones públicas a través de empresarios privados, en virtud de contratos (privatización funcional); y
- c) ejercicio de tareas o funciones públicas en régimen de derecho privado a través de organismos y entidades (entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles públicas y fundaciones públicas), que actúan sometidas en todo o en parte a ese sector del ordenamiento jurídico (privatización formal).

5.1. Privatización material.

Los procesos de privatización de las empresas públicas en los últimos años constituyen un importante fenómeno económico tanto en los países desarrollados como en vías de desarrollo, dado que sus consecuencias pueden afectar al funcionamiento de toda la economía nacional.

La globalización e intensificación de la competencia requieren economías flexibles capaces de adaptarse con rapidez, lo que sitúa al mercado como mecanismo preferente de la asignación de recursos, a la par que deriva en la disminución del papel y de la importancia que históricamente han tenido las empresas públicas en los países industrializados. España, junto con Italia, Francia y Japón, es uno de los países de mayor actividad privatizadora de la OCDE en el segundo quinquenio de los noventa.

Los objetivos que han perseguido los procesos de privatización incluyen diversos motivos, tales como financieros, políticos y económicos.

Las razones financieras que permiten explicar las privatizaciones se refieren a los ingresos que los gobiernos obtienen a través de la venta de las empresas públicas, dado que permiten reducir el déficit público y se eliminan los subsidios para ayudar a las empresas públicas que tienen pérdidas. En algunas ocasiones, como es el caso de España y de otros países europeos, la obtención de ingresos extraordinarios cobra especial relevancia en la segunda mitad de la década de los noventa, pues era necesario reducir el déficit fiscal por debajo del 3 por ciento del PIB para cumplir uno de los criterios de Maastricht para poder acceder a la Unión Económica y Monetaria.

Las razones de tipo político se refieren a la disminución del papel del Estado en la economía, pues se presume que los mercados llevan a cabo una asignación más eficiente de los recursos. Además se persigue favorecer la entrada de capitales extranjeros, y dar una mayor participación en la propiedad a los inversores institucionales y a los accionistas minoritarios, fomentando de esta manera el llamado capitalismo popular. Éste ha surgido de forma paralela a las privatizaciones realizadas por medio de ofertas públicas de venta y supone un aspecto positivo al configurar una cultura financiera a la vez que un estímulo al ahorro, que en definitiva favorece el crecimiento económico.

Por último, los objetivos económicos, se refieren a la previsible mejora de la eficiencia empresarial, y en general, del funcionamiento de las empresas privatizadas, ya que se presume que las empresas públicas frente a las privadas, tienen mayores costes, lo que merma sus resultados.

Podríamos definir la privatización como el modo de reconducir el papel del gobierno en la economía, o de incrementar el papel del sector privado en el desarrollo de una actividad económica, o en la propiedad de los activos empresariales.

Esta definición incluye no sólo la venta de las empresas públicas, sino también la reducción de la regulación de determinados sectores o actividades y del gasto público del Estado e implica la reasignación de los derechos de control desde los políticos a los directivos y el aumento, por parte de los directivos e inversores privados, de la participación en la propiedad de los flujos de caja empresariales. Así pues, la privatización supone un conjunto de decisiones que van más allá de la transferencia de la propiedad o del control de las actividades públicas al sector privado, siendo necesario considerar no sólo el cambio en la titularidad de las empresas públicas sino también los cambios en el entorno competitivo o regulador. El fomento de la competencia y la utilización de criterios de gestión similares a los del sector privado son elementos necesarios para que los procesos de privatización produzcan los efectos beneficiosos que de ellos se esperan. La introducción de la competencia asegura que las mejoras de eficiencia que tienen lugar en el ámbito de la empresa se traduzcan en precios más bajos para los consumidores y en una asignación de los recursos más eficiente para la economía en su conjunto. En este sentido, Boylaud y Nicoletti (2000), a partir de una muestra de 23 países de la OCDE, encuentran que la competencia actual y futura tiene un claro impacto en la caída de los precios y en la mejora de la calidad del sector de telecomunicaciones. Otro aspecto importante a la hora de analizar las privatizaciones es la reestructuración previa a la privatización que, en ocasiones, las empresas realizan.

En España, el inicio de los procesos de privatización se encuentra en la segunda mitad de los años ochenta, sin ser el resultado de una estrategia elaborada, o de un programa explícito de privatizaciones.

La entrada de España en la antigua Comunidad Económica Europea supuso el inicio de las privatizaciones en nuestro país y la adaptación de las empresas públicas a las directivas europeas. En esta época se llevan a cabo dos tipos de privatizaciones: por un lado, privatizaciones totales de empresas no rentables (por ejemplo, Hytasa), o de empresas en las que el Estado no debía estar para favorecer su viabilidad económica (por ejemplo, Secoinsa y Seat), y por otro lado, privatizaciones parciales de empresas rentables que únicamente perseguían recaudar recursos financieros (Gesa, Ence, Endesa o Repsol). Será con la Modernización del Sector Público Empresarial del Estado en el año 1996 cuando se empiece a privatizar de manera abierta y decidida, fijándose el marco bajo el que se realizaran las privatizaciones y el procedimiento de cada una de ellas. Se produce pues un cambio en la concepción del papel del Estado en la economía.

Éste pasa de ser un “accionista” a un simple regulador de la actividad económica que trata de crear un entorno favorable para la competitividad.

Como exponíamos, las privatizaciones de los servicios públicos, comenzó en el país en 1989 y culminó con la transferencia al sector privado de numerosas empresas productoras de bienes y prestadoras servicios que hasta entonces se encontraban en manos del Estado.

Concretamente en el año 1997 se privatizó el mercado eléctrico español siguiendo directivas europeas, habiendo sido modificado posteriormente. Así, la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, estableció nuevas normas comunes para completar el mercado interior de la electricidad, introduciendo modificaciones significativas en orden asegurar un acceso eficaz y no discriminatorio a las redes de los distribuidores.

En 1997 se liberalizaba el sector mediante la Ley 54/1997 de 27 de noviembre del Sector Eléctrico¹⁰ (como transposición de la Directiva 96/92/CE de 19 de diciembre de 1996¹¹) y la creación del Mercado eléctrico español.

En el ámbito de las telecomunicaciones, España se incorporó de forma tardía al proceso de liberalización. Estados Unidos y el Reino Unido fueron pioneros, y en la primera mitad de los noventa, la Unión Europea aprobó un nuevo marco regulador armonizado que consagraba la liberalización del conjunto de los mercados de telecomunicaciones de sus Estados miembros. En el caso español, la política de telecomunicaciones experimentó un giro sustancial en 1996 con una apuesta por el inicio inmediato del proceso de liberalización, existiendo una casi plena liberalización desde diciembre de 1998. Cabe destacar en este sentido la creación de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (abril de 1997) y, sobre todo, la aprobación de una nueva y plenamente liberalizadora "Ley General de Telecomunicaciones" en abril de 1998.

En el sector del petróleo, en 1996 se liberalizó el precio de los gasóleos y en 1998 se aprobó la ley 34/1998 del sector de Hidrocarburos, que era la culminación del proceso de desmonopolización y liberalización de los carburantes líquidos, de forma que se eliminaron los límites máximos de precios que aún existían. Además, el Real Decreto Ley 15/1999 permitió introducir mayor competencia en el sector de la distribución al por menor. En el sector del gas, el Real decreto 1377/1996 garantizó el acceso de terceros a la red nacional de gasoductos y a las plantas de regasificación susceptibles de alimentarla. Posteriormente, el Real Decreto Ley 6/1999 estableció como fecha límite para la liberalización plena el año 2008. También se ha abierto a la

competencia el sector del agua y los servicios postales mediante la Ley de Aguas (1999) y la Ley 24/1998, respectivamente.

5.2. Privatización funcional.

Hoy en día estamos asistiendo a un abuso en la formulas de gestion indirecta de servicios públicos, que esta llevando a la opinión pública a denominarla privatizaciones, no estando como exponíamos al principio del presente capitulo ante una privatización material, sino funcional; dicha diferenciación es importante, porque en la gestión indirecta la propiedad, el control y la dirección sigue siendo de la Administración, produciéndose solo el cambio en la manera de gestionar para mejorar (en teoría) los servicios públicos, siendo la Administración la que impone, en los Pliegos de Condiciones Particulares y de Prescripciones Técnicas del Concurso Público, las condiciones de la gestión del servicio (derechos y deberes de los usuarios, niveles de calidad y cobertura de mínimos del servicio, tarifas, horarios, contrataciones...), y la empresa privada adjudicataria la que gestiona ese servicio público cumpliendo estrictamente esas condiciones públicas pactadas.

Lejos de lo que se piensa o se nos dice, la colaboración público-privada en la gestión de servicios públicos, dadas las circunstancias socio-económicas actuales, entendemos que puede convertirse en un instrumento de dinamización eficiente del sistema público. Los mecanismos de colaboración público-privada se revelan especialmente idóneos para la construcción y explotación de infraestructuras complejas y costosas o para la prestación de servicios públicos cuando, existiendo una demanda ciudadana, la Administración carece de recursos.

La Administración Pública ha de garantizar que el servicio público se preste y que el prestador sea capaz de hacerlo de la forma más eficaz y eficiente, es decir, de la mejor manera y a un mejor precio. Esa es la única forma que tiene la administración para poder dar el servicio al máximo de usuarios con calidad. La cuestión será determinar quién es el prestador más eficaz y eficiente (quién hace lo mismo al mejor precio).

Existen varios tipos de razones que justifican estos instrumentos de colaboración pública-privada. Los motivos técnicos aluden a la superioridad técnica, valga la redundancia, de los agentes privados para afrontar todo el proceso de la dotación de las infraestructuras e incluso el de la prestación de servicios. Razones presupuestarias, en la medida en que el recurso a estas modalidades de colaboración público-privada permite seguir satisfaciendo las necesidades de ampliación y mejora de las infraestructuras o la

prestación de servicios sociales, como factor de crecimiento económico en España, evitando tanto los problemas tradicionales de insuficiencia de recursos, agudizados en esta época de recesión, como de las restricciones presupuestarias y las exigencias de contención del déficit público (los tristemente famosos “recortes”), ya que es connatural a estas fórmulas que la financiación la soporte el agente privado. Y, por último, razones ideológicas, dado que mediante esta fórmula de colaboración la repercusión del coste de la construcción de la infraestructura se extiende hasta las generaciones futuras, que también van a disfrutar de la misma.

Nos encontramos ante un escenario de oportunidades de entendimiento sinérgico entre las Administraciones Públicas, propietarias de suelo e infraestructuras, y de la iniciativa privada, con recursos de inversión y con un conocimiento y preparación suficiente para garantizar la viabilidad y sostenibilidad de la oferta de esos servicios públicos, sinergias que han de ser aprovechadas, sobre todo en los tiempos actuales de crisis económica.

La concesión administrativa es la figura cada vez más utilizada por la Administración para la gestión externalizada o indirecta de los servicios públicos.

Las empresas, deben de ser muy conscientes del “negocio” al que optan, y del esfuerzo que va a requerir. Han estudiar bien las condiciones impuestas por la Administración y no concurrir a no ser que se garantice la rentabilidad mínima del dinero invertido. Y evitar, lo que en algunas ocasiones ha ocurrido, la empresa concesionaria ha tenido que solicitar al ayuntamiento de turno la anulación del contrato porque les estaba suponiendo pérdidas insostenibles.

Es muy difícil que la gestión directa a través de la Administración sea viable y responda a los principios de sostenibilidad, de economía, de eficacia y de eficiencia, porque la gestión se encomienda a personas elegidas sin una mínima selección pública, y eso dentro de una administración debe ser inadmisibles.

En el marco actual de crisis, las acciones que se adopten en el ámbito público deben incidir en varios sentidos:

- Acciones encaminadas a reducir los gastos y aumentar los ingresos.
- Plan de comunicación adecuado: la importancia de explicar de manera clara lo que se pretende, a todas las partes implicadas:
 - a) oposición política
 - b) empleados y sindicatos

- c) colectivos empresariales
- d) ciudadanos (los siempre olvidados)

En cuanto al sector privado, prestador de servicios públicos, debe:

- Abandonar la perspectiva del negocio a corto plazo.
- Considerar al ciudadano como “cliente” pero también al “cliente” como ciudadano.
- Profesionalizar el sector.

Pero recordemos, que esta última referencia que apoyamos, no es una privatización de servicios, sino una exteriorización o gestión indirecta de los mismos, fórmula adecuada y compatibilizada con nuestro Estado del Bienestar.

Tradicionalmente, se ha juzgado el Estado del bienestar por su incidencia sobre el objetivo de lograr una mayor equidad distributiva, y no sobre el objetivo de eficiencia económica. Más aún, la eficiencia se ha considerado un objetivo contradictorio con la equidad distributiva y, por consiguiente, se ha destacado el impacto negativo que tiene las actuaciones del Estado de bienestar sobre la eficiencia económica. Desde la década de los setenta, pero si cabe con mayor intensidad en la década de los ochenta, empezó a producirse un debate sobre los efectos negativos que tiene el Estado de bienestar sobre la eficiencia económica. No es ajena a este debate la importancia que ha adquirido en los últimos años el problema de la competitividad en todas las economías capitalistas. La progresiva globalización e internacionalización de las economías obliga a reformular y adaptar el tradicional Estado de bienestar a las nuevas restricciones económicas.

Este nuevo escenario económico internacional en el que se desenvuelven los actuales Estados del Bienestar, caracterizado básicamente por las manifestaciones de la globalización económica y por las consecuencias de la crisis en los esquemas de regulación económica y en los sistemas productivos, ha condicionado sobremedida la evolución reciente de aquéllos. La mayor exposición a la competencia exterior, los planteamientos transnacionales de las empresas o el abandono de las políticas de demanda keynesianas practicadas en un entorno nacional configuran el contexto de referencia en el que los Estados del bienestar atienden las actuales necesidades económicas y sociales de sus ciudadanos.

El problema básico podría expresarse así: ¿cómo reducir el déficit público, si se dispone de menos ingresos, y aumenta la presión sobre el gasto?

En el ámbito de la Administración pública, como exponíamos en apartados anteriores, podemos encontrarnos con dos posibilidades de provisión:

- la producción pública de los servicios.
- y la producción privada de los mismos, aún con titularidad pública del servicio.

Es el primero de estos dos supuestos el más frecuente en los Estados de bienestar, y también aquel que ofrece más posibilidades de cara a la identificación de mejoras potenciales de eficiencia en la gestión pública.

Pero la segunda fórmula, pretende mejorar la eficiencia de la gestión pública, recurriendo a la producción privada de los bienes o servicios, aunque manteniendo la titularidad pública de la actividad; es decir, la Administración no asume directamente la producción del bien o servicio (como venía haciendo anteriormente), pero se responsabiliza de las condiciones de suministro y se compromete a financiar el coste de la actividad.

Las distintas fórmulas practicables de esta medida son reconducidas por Dossena a la categoría de la privatización funcional (NO MATERIAL), básicamente, estamos ante una concesión, donde se determinan ciertas condiciones de provisión del bien o servicio (cantidad suministrada, nivel de calidad, precio del producto, ámbito de la prestación, plazo de la concesión,...), que fuerzan al concesionario a una determinada conducta que satisface -a juicio de la Administración- unos parámetros establecidos.

Numerosos analistas consideran que estas fórmulas proporcionan un balance en su aplicación satisfactorio explicándolo por las ventajas de la participación de un operador privado (mayor capacidad innovativa, amenaza de no renovación de la concesión), que compensarían ampliamente los riesgos de la misma (necesidad de obtener un excedente para el productor privado, peores condiciones de trabajo, dependencia del dicho productor), y siendo esta fórmula la que consigue compatibilizar la reducción del gasto público sin merma de los servicios del Estado del Bienestar.

5.3. Privatización formal.

En cuanto a la privatización formal, nos remitimos a lo dispuesto en las formas de gestión directa de la Administración expuesta en anteriores capítulos, no sin antes indicar que la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, plantea una reestructuración y racionalización del sector público empresarial y

fundacional en el ámbito de las Comunidades Autónomas y Entidades locales, con el objetivo de reducir el número de empresas públicas y controlar el gasto público.

En 1985 existían 360 unidades empresariales públicas, mientras que en 2010 ese número, por lo que afecta a entidades dependientes del Estado o de las Comunidades Autónomas, eran 1611, de las cuales las Comunidades Autónomas sumaban 1201. Por su parte, las entidades locales tenían –según esos datos– un total de 1066, el peso de tales empresas públicas sobre la actividad económica se había reducido notablemente desde 1985 a 2007, produciéndose un descenso porcentual de 7 puntos¹². Muchas más empresas públicas, pero menos incidencia sobre la actividad económica. La razón es muy obvia: tales nuevas entidades se han volcado preferentemente en la prestación de servicios públicos y no en actividades empresariales propiamente dichas.

Hay también razones adicionales que explican este proceso, una muy importante ha sido la pretensión inicial de eludir las limitaciones al endeudamiento a través de la creación de tales empresas situándolas fuera de los balances, mediante lo que se ha denominado como “el efecto desplazamiento”¹³.

Sin embargo, la aprobación del nuevo marco normativo de estabilidad presupuestaria, Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril (previa determinación en el art. 135 de la CE de la estabilidad presupuestaria como principio rector que debe presidir las actuaciones de todas las Administraciones Públicas) delimita subjetivamente el ámbito de aplicación a través de la configuración de la noción de “Administración Pública” definida por el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales. No se trata de entrar a analizar cuáles son las consecuencias de esta delimitación, pero aquellas empresas públicas que se consideren ente dependiente y se engloben en lo que se ha denominado como “Grupo Local” (Farfán Pérez) a efectos contables constituyen “una unidad institucional que no puede dividirse”. Se trataría de aquellas empresas públicas que no se financien con ingresos de mercado, en los términos estrictos que están recogidos en la interpretación que se le ha dado a esa noción en el SCE.

La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local entre la regulación de la reestructuración del sector público local, y la reordenación de competencias locales que predica, afecta de forma directa e indirectamente al futuro existencial de un buen número de las sociedades mercantiles.

Con la citada Ley pretende reordenar, como exponíamos, todo el sistema competencial de los municipios, suprimiéndose competencias impropias. No obstante,

¹² Rosario Martínez Manzanero, Revista *Presupuesto y Gasto Público*, 2010.

¹³ R. Fernández Llera, “Empresas públicas y endeudamiento fuera de balance”, *Auditoría Pública* núm. 35.

se podrán mantener dichas competencias y actividades económicas, siempre que quede acreditado que no exista riesgo financiero con dicha competencia y que se garantice la sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria.

Se incluye también como novedad a destacar el proceso de evaluación de todos los servicios municipales, art. 116 ter LBRL que obliga a establecer el coste efectivo de los servicios que se prestan por todas las Entidades Locales.

Igualmente, cabe subrayar la coordinación y evaluación de la prestación de servicios mínimos municipales por las Diputaciones Provinciales en municipios con población inferior a 20.000 habitantes, ya que en primer lugar, se establece la prestación directa del servicio por la Diputación o mediante fórmulas de gestión compartidas a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas (aspecto especialmente dudoso si tenemos en cuenta la limitación prevista en la disposición adicional novena de la LBRL relativa al redimensionamiento del sector público local), salvo que el Ayuntamiento justifique que puede prestar el servicio con un coste menor que el derivado de la fórmula propuesta por la Diputación, art. 26. 2 de la Ley de Bases.

Son diversas las críticas de éste precepto, ya que se está determinando la prestación de servicios mínimos municipales en función del “menor coste”, cuando quizás hubiese sido más lógico utilizar los términos de la Ley 2/2012, de 27 de abril de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, es decir determinar la prestación del servicio en función del incumplimiento o no que tenga el Ayuntamiento de la estabilidad presupuestaria y regla del gasto.

Por tanto, no cabe duda que la afectación del modelo final por el que apuesta la Ley tendrá, serias y profundas consecuencias (mayores o menores, según los casos) sobre “la planta actual de empresas públicas locales”, puesto que a poca intensidad que tenga ese proceso de reordenación de competencias municipales implicará con toda probabilidad un ajuste severo de entes instrumentales que tendrán que desaparecer de la escena institucional, con todos los problemas que supone la disolución y liquidación de tales entidades.

La Ley como exponíamos, tiene por objeto el redimensionamiento del sector público local. Ya en la exposición de motivos se prevé el alcance real de las medidas, se trata de:

- a) Impedir que entidades locales que tengan en marcha un plan de ajuste o un plan de saneamiento económico-financiero puedan participar o constituir entidades instrumentales.

- b) A las entidades instrumentales ya existentes que se encuentren en situación deficitaria, se les exige su saneamiento y, si éste no se produce, se deberá de proceder a su disolución.
- c) Vedar la constitución o participación, así como el mantenimiento, de las sociedades mercantiles cabecera (u otro tipo de entes instrumentales) de holdings empresariales de sector público local en aquellos casos en que tales sociedades cabecera a efectos del SEC tengan asimismo la condición de Administración Pública.

En suma, no se puede ocultar que el diseño del proceso de reestructuración del sector público empresarial local es complejo y dilatado en el tiempo, pero que sí o sí supondrá un redimensionamiento del sector público, evitando duplicidades administrativas. No obstante y mientras este proceso llega, las empresas públicas pueden apostar por realizar reformas en sus estructuras organizativas, de personal, para conseguir ser eficientes en la producción de bienes y servicios, y conseguir la deseada sostenibilidad financiera, ya que consiguiendo esto, podrán verse salvadas por las nuevas medidas de recorte empresarial público.

En todo caso, estamos ante un importante reto para la organización de las Administraciones Públicas.

6. CONCLUSIONES: Luces y sombras.

El derecho administrativo fue definido como el derecho de los servicios públicos, lo que nos hace pensar sobre la magnitud y dimensión de esta terminología, de ahí que este trabajo sólo pretenda ser una fina línea de posibles planteamientos e ideas surgidas a raíz de la continua crítica y descontento generalizado de los servicios públicos.

Nuestro derecho clásico, donde el Estado asumía todos los servicios y esos servicios eran prestados de forma totalmente pública - nuestro pleno Estado del Bienestar-, vino a chocar con el derecho Europeo, como consecuencia de nuestra incorporación en la Comunidad Económica Europea, lo que hizo que nos tuviéramos que adaptar a las reglas comunitarias, pasando de un concepto de servicio público, donde la *publicatio* de la actividad era la esencia del mismo, a un “servicio público de interés general”, donde lo importante es la regulación que hace el Estado para asegurar la prestación de servicios esenciales y la libre prestación del resto, por tanto inclinándose por una función meramente garantista y regulatoria de las Administraciones Públicas, y en el ámbito de una previa publicación, por una función

de apoyo a la colaboración público – privada a la hora de gestionar los servicios públicos.

Hemos asistido a un proceloso devenir en la evolución del servicio público, pasando el Estado de ser un propietario a ser un simple regulador para crear un entorno favorable, y todo ello partiendo no sólo de la propia incorporación de España en la Comunidad Económica Europea, sino de otro factor principal, y es que los servicios públicos que se prestaban antes no son los mismos que se prestan ahora.

En nuestro sistema constitucional, el servicio público constituye un elemento esencial en la configuración de nuestro Estado como un Estado social (artículo 1.1 de la Constitución), ese papel central de nuestro estado como un Estado Social, no significa, en modo alguno, que no pueda y deba replantearse su concepción más tradicional, lo que tampoco supone que renunciemos a las exigencias del Estado social, sino una adaptación de estas a las nuevas circunstancias.

Nuestra sociedad de hoy día, es una sociedad mucho más compleja, mas especializada, concedora de sus derechos, reivindicativa, y eso no nos puede conllevar a que el Estado sea el prestador de todos los servicios que el ciudadano reclama y mucho menos que sea un servicio prestado directamente por el Estado, porque el gasto público sencillamente, lo haría inviable.

El Estado tiene que adaptarse a las nuevas circunstancias, a la posibilidad de abrir al mercado prestaciones de servicios, porque pueden prestarlos de forma incluso mejor que si la gestión fuera pública, y ello, sin olvidar las exigencias actuales, de prestación eficiente, eficaz, sostenibilidad financiera, estabilidad presupuestaria y un sinnúmero de exigencias; por todo ello, es lógico, sensato y comprensible que hayamos evolucionado a un servicio público de interés general.

Ahora bien, dicho esto, todo no es admisible, hay que diferenciar los sectores y servicios que son más especializados, complejos y técnicos, donde el sector privado puede hacerlo mejor; de los servicios, de carácter más social, que no se puede dejar que caigan en manos y propiedad del sector privado, los servicios asistenciales, sanitarios, y ellos porque además es garantía de un Estado Social, como propugna nuestra Constitución, por tanto nunca debería admitirse una privatización material de los mismos.

Si bien, la gestión privada de esos servicios de carácter social, asistencial, pero bajo dirección y titularidad de la Administración -privatización funcional- está plenamente asentada en nuestro País, y quizás esa generalidad usada en la gestión

indirecta es lo que ha dado lugar, a que muchos se planteen si nos encontramos ante una merma del Estado del Bienestar.

Entendemos que el Estado del Bienestar no debe entenderse como sinónimo de prestación pública, sino de garantía pública; de ahí que ese uso generalizado de esta forma de gestión de servicios indirecta, pueda entenderse bien compatibilizada con los principios del Estado del Bienestar.

Sí queremos unos servicios de calidad, y al menor coste, quizás la fórmula de la gestión indirecta es una buena solución, ya que hay una importante diferencia entre las empresas públicas y las empresas privadas, las primeras se ven influenciadas en su modo de actuar y en sus resultados por la consecución de fines políticos en detrimento de los económicos; las empresas públicas tiene mayor predisposición a aceptar riesgos y una menor libertad para tomar decisiones, en comparación con las empresas controladas por inversores externos, y ello porque deben justificar sus decisiones frente a los empleados o a una jerarquía estatal. Igualmente es necesario, fomentar la colaboración con el sector privado en la financiación y gestión de infraestructuras con el fin de hacer posible su puesta en funcionamiento y de incorporar a la gestión pública las técnicas y metodologías más eficientes en el mercado.

Igualmente, el recurso a formas de gestión indirecta de los servicios, parece constituir una buena vía de escape para racionalizar el gasto público, para buscar el equilibrio fiscal que siempre debe primar.

Con estas formas de gestión, y siendo quizás más característico la concesión administrativa, la Administración suple su carencia de recursos, recurriendo a la iniciativa privada, que con su capital y esfuerzo, ofrece las prestaciones estipuladas, ateniéndose a la regulación del servicio establecida por aquella y percibiendo de los usuarios unos ingresos por la utilización del servicio que le permiten recuperar la inversión realizada, sufragar los costes de explotación y obtener un razonable beneficio empresarial, y por tanto prestar el servicio público manteniendo el equilibrio fiscal y garantizando la sostenibilidad del conjunto de los servicios que definen nuestro Estado de Bienestar

Por todos estos factores que influyen, es bueno que entren en el juego de la prestación del servicio las empresas privadas pero siempre bajo el control y dirección de las normas establecidas por la Administración, para estar siempre garantizado el interés público, y ante la cuestión de si estamos ante simples medidas coyunturales para hacer frente al déficit financiero o si en el fondo estamos asistiendo a una transformación de uno de los pilares básicos del sistema, como es el paso de una provisión

mayoritariamente pública de los servicios a una provisión mayoritariamente privada de los mismos, entendemos que este nuevo paso a un mayor aumento de privatizaciones funcionales de servicios no afecta a los pilares básicos del sistema, puesto que dichos pilares siguen y deben seguir siendo públicos.

El fin primordial que justifica un Estado Social, es asegurar a los ciudadanos un nivel de prestación mínima en ciertos servicios básicos para garantizar su bienestar de manera eficiente, de modo que esos niveles no se resientan en el actual contexto de restricciones presupuestarias. El medio, que es el servicio público debe servir éste fin.

Por último, en cuanto a la estructura empresarial pública, como se ha ido exponiendo a lo largo del trabajo, es clara la conclusión a la que llegamos, la libertad con la que las Administraciones Públicas han creado empresas públicas ha generado un efecto reverso, y es que no cabe la menor duda de que las empresas públicas han ido creciendo sin un plan determinado, muchas no han tenido por objeto una actividad empresarial, sino un gestión de un servicio público; y todo ello, dentro del margen de la legalidad (siempre que no “se ejerza ejercicio de autoridad”). Por tanto esa libertad en vez de beneficiarnos, nos ha perjudicado, se ha conseguido un efecto no deseado por la regulación; si bien dicho paradigma de gestión, parece que tiene ya control con la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local ya que se pretende controlar la necesidad de dicha forma de gestión, adoptándose un importante papel en el redimensionamiento de los entes instrumentales locales, y por tanto, de las sociedades mercantiles locales, reordenando competencias locales, analizando y evaluando la prestación de servicios públicos, etc.

A este respecto, nos quedamos con la frase de Peter Drucker *“La mejor estructura no garantizará los resultados ni el rendimiento. Pero la estructura equivocada es una garantía de fracaso”*.

7. BIBLIOGRAFÍA.

ARIÑO ORTIZ, G., “Servicio Público y libertades públicas (una interpretación limitadora del artículo 128 de la Constitución)”, en la obra *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, 3 vols., Ed. Complutense, Madrid, 1992, pág. 1330;

BASSOLS COMA, Martín: “Constitución y sistema económico” Ed. Tecnos, 1985.

- “Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, 1949.

- “Ensayo de la actividad del Estado en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública* núm. 3, 1950.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, *Revista Justicia Administrativa*, núm.18, 2003.

FERNÁNDEZ LLERA, R “Empresas públicas y endeudamiento fuera de balance”, *Auditoría Pública* núm. 35.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *RAP*, núm.150, 1999.

GONZÁLEZ SEARA, L., “Las estructuras del bienestar en Europa, Escuela Libre” Madrid: Editorial-Civitas, 2000, págs. 449 y ss.

GARRIDO FALLA, F., “El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público”, en *REDA*, núm.29, 1981 y “El concepto de servicio público en Derecho español”, *RAP*, núm.135, 1994.

MARTÍN-RETORTILLO, S., “Reflexiones sobre la nueva Administración económica”, en la obra dirigida por MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J.L IUSTEL.

MARTÍN- RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: “Derecho de acceso a los servicios de interés económico general” en *Estudios de Derecho Público Económico*. Libro Homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo” ed. Civitas, 2003.

MONTOYA MARTÍN, E., “Nuevas perspectivas sobre la gestión de los servicios locales: incidencia de la crisis económica y necesidad de racionalización del

sector público instrumental”, en *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 5, 2011, págs. 167 a 196.

MONTOYA MARTÍN, E., “Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización”, *Estructuras administrativas y racionalización el gasto. VII Congreso AEPDA*, Tarragona, 10-11 de febrero de 2012.

MORELL OCAÑA, L. “La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años”. *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999.

ORTEGA JIMÉNEZ, I., “La racionalización del sector público instrumental local”, *Revista de Estudios Locales*, núm. 152, 2012, págs. 115 a 133.

SÁNCHEZ CARO, J., “Nuevas formas de gestión: Las razones de una Ley”. *Revista de Administración Sanitaria*, Vol. 1, núm. 1, enero- marzo, 1997.

STC 37/1981, de 16 de noviembre.

STC 225/1993, de 8 de julio.

STC 227/1993, de 9 de julio.

SOUVIRON MORENILLA, J.M., “La actividad de la Administración y el servicio público”, Granada: Ed. Comares, 1998.

VILLAR ROJAS, F.J., “Responsabilidad en la gestión directa. Especial referencia a las nuevas fórmulas de gestión: Fundaciones”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 1, 2000.

EL CONTROL INTERNO Y EXTERNO EN LAS ENTIDADES LOCALES

M^a Teresa FERNÁNDEZ CONEJO
Coordinadora General de Economía y Hacienda
Ayuntamiento de Granada

Trabajo de evaluación presentado al Curso avanzado sobre técnicas y procedimientos de auditoría aplicado a las Entidades Locales. Granada, CEMCI, 2013

SUMARIO:

1. Introducción.
2. El control interno y externo de la actividad económico-financiera en las entidades locales.
3. Técnicas de auditoría aplicadas a las entidades locales.
4. Bibliografía y legislación.

1. INTRODUCCION.

Con la realización del presente trabajo realizado para el “*Curso Avanzado sobre técnicas de auditoría aplicado a las Entidades Locales*” se ha pretendido poner de manifiesto las diferencias que existen dentro de nuestro ordenamiento jurídico entre las actividades de control interno y externo que se llevan a cabo en las Administraciones Públicas en general, pero desde el punto de vista de la Administración Local.

El objetivo de las presentes líneas es poner su atención en lo que se refiere al control interno, por las dificultades que pueden llegar a representar y en las técnicas de auditoría y muestreo que se pueden implementar para su desarrollo, puesto que cada vez se utilizan más por nuestras Entidades Locales.

En resumen, el contenido de este trabajo es una breve aproximación a las normas que regulan las técnicas de auditoría que se pueden utilizar por parte de la Administración Local.

1. EL CONTRO INTERNO Y EXTERNO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICO-FINANCIERA EN LAS ENTIDADES LOCALES.

En esta materia del control de la actividad económico-financiera de las Administraciones Públicas, se distingue en nuestro Derecho entre el control interno y externo. Para el primero pueden surgir diferencias, no obstante, en el segundo, esto es, el control externo, viene ejercido por el Tribunal de Cuentas.

El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado así como del sector público, a tenor de lo establecido en el art. 136 de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE). De este modo, se entienden incluidas a todas las Administraciones Públicas dentro de la esfera de competencias del citado Tribunal, sin perjuicio de lo establecido en los Estatutos de Autonomía de cada Comunidad Autónoma, que establecen la existencia de tribunales u órganos fiscalizadores similares¹ y sin perjuicio de la colaboración existente entre ellos.

El art. 115 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante, LRBRL) y el art. 223 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales (en adelante, TRLRHL) declara que la fiscalización externa de las cuentas y de la gestión económica de las entidades locales corresponde al Tribunal de Cuentas con el alcance y contenido establecido en su Ley Orgánica, sin perjuicio de las relaciones de colaboración con los órganos fiscalizadores autonómicos y el propio Tribunal de Cuentas, respecto de la actividad económico-financiera de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales de su ámbito territorial.

En resumen se puede concluir que, el control externo del sector público y quién lo ejerce no genera controversias, sin embargo respecto del control interno sí pueden surgir algunas diferencias, no tanto en los encargados de ejercerlo como en el ámbito y extensión de su ejercicio.

El artículo 213 TRLRHL define el control interno en los siguientes términos “*Se ejercerán en las entidades locales con la extensión y efectos que se determina en los artículos siguientes las funciones de control interno respecto de su gestión económica, de los organismos autónomos y de las sociedades mercantiles de ellas dependientes, en*

¹ A través de la Ley 1/1988 de 17 de marzo, se crea en Andalucía la Cámara de Cuentas de Andalucía como el órgano técnico dependiente del Parlamento de Andalucía al que corresponde la fiscalización externa de la gestión económica, financiera y contable de los fondos públicos de la Comunidad Autónoma.

su triple acepción de función interventora, función de control financiero y función de control de eficacia”.

A. La Intervención Municipal

En las Entidades Locales la función interventora en esta materia consiste en un control previo, cuyo alcance y contenido se puede encontrar regulado en el art. 214 TRLRHL, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 219.1 del precitado texto legal en el que se recogen los actos que no están sujetos a dicha fiscalización previa.². Por su parte, el apartado segundo del precepto establece la posibilidad de establecer sistemas de fiscalización limitada en gastos, y en ingresos con toma de razón.

Como consecuencia de dicha fiscalización limitada previa, el art. 219.3 TRLHL colige que *“Las obligaciones o gastos sometidos a la fiscalización limitada a que se refiere el apartado 2 de este artículo serán objeto de otra plena con posterioridad, ejercida sobre una muestra representativa de los actos, documentos o expedientes que dieron origen a la referida fiscalización, mediante la aplicación de técnicas de muestreo o auditoría, con el fin de verificar que se ajustan a las disposiciones aplicables en cada caso y determinar el grado del cumplimiento de la legalidad en la gestión de los créditos. Los órganos de control interno que realicen las fiscalizaciones con posterioridad deberán emitir informe escrito en el que hagan constar cuantas observaciones y conclusiones se deduzcan de ellas. Estos informes se remitirán al Pleno con las observaciones que hubieran efectuado los órganos gestores”*

Como se puede observar se señala la necesidad de llevar a cabo una fiscalización plena con posterioridad, ejercida sobre una muestra representativa de los actos, documentos o expedientes que dieron origen a la referida fiscalización limitada o, directamente no fueron objeto de fiscalización previa, mediante la aplicación de técnicas de muestreo o auditoría, con el fin de verificar su ajuste a las disposiciones aplicables en cada caso y determinar el grado de cumplimiento de la legalidad en la gestión de los créditos, debiendo emitirse informe escrito expreso sobre las conclusiones u observaciones que de dichas verificaciones se puedan extraer.

Además, de acuerdo con lo establecido en el art. 4.1, letra i) del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se aprueba el régimen jurídico de los

² Artículo 219.1 TRLRHL: No estarán sometidos a intervención previa los gastos de material no inventariable, contratos menores, así como los de carácter periódico y demás de tracto sucesivo, una vez intervenido el gasto correspondiente al período inicial del acto o contrato del que deriven o sus modificaciones, así como otros gastos menores de 3.005,06 euros que, de acuerdo con la normativa vigente, se hagan efectivos a través del sistema de anticipos de caja fija.

funcionarios con habilitación de carácter nacional, la función de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria comprende:

“i) La realización de las comprobaciones o procedimientos de auditoría interna en los Organismos autónomos o Sociedades mercantiles dependientes de la Entidad con respecto a las operaciones no sujetas a intervención previa, así como el control de carácter financiero de los mismos, de conformidad con las disposiciones y directrices que los rijan y los acuerdos que al respecto adopte la Corporación”.

Con la letra *i)* del artículo precitado se amplía el ejercicio de la función de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, a la realización de las comprobaciones o procedimientos de auditoría interna en los Organismos Autónomos y a las Sociedades Mercantiles dependientes de la entidad con respecto a las operaciones no sujetas a intervención previa, así como el control de carácter financiero de los mismos, de conformidad con las disposiciones y directrices que los rijan y los acuerdos que al respecto adopte la Corporación.

Todo parece indicar que las obligaciones de control que pesan sobre el Interventor se circunscriben a la función interventora tanto de los servicios de la propia Entidad Local como de sus Organismos Autónomos y Sociedades Mercantiles dependientes de la entidad.

B. El control financiero.

El control financiero de las entidades locales se encuentra definido en el art. 220 TRLHL en los siguientes términos:

“1. El control financiero tendrá por objeto comprobar el funcionamiento en el aspecto económico-financiero de los servicios de las entidades locales, de sus organismos autónomos y de las sociedades mercantiles de ellas dependientes.

2. Dicho control tendrá por objeto informar acerca de la adecuada presentación de la información financiera, del cumplimiento de las normas y directrices que sean de aplicación y del grado de eficacia y eficiencia en la consecución de los objetivos previstos.

3. El control financiero se realizará por procedimientos de auditoría de acuerdo con las normas de auditoría del sector público.

4. Como resultado del control efectuado habrá de emitirse informe escrito en el que se haga constar cuantas observaciones y conclusiones se deduzcan del examen

practicado. Los informes, conjuntamente con las alegaciones efectuadas por el órgano auditado, serán enviados al Pleno para su examen”.

Como se observa, señala el precepto que el control financiero en las entidades locales tendrá por objeto comprobar el funcionamiento en el aspecto económico-financiero de las entidades locales, de sus organismos autónomos y de las sociedades mercantiles de ellas dependientes.

Dicho control se realizará por procedimientos de auditoría de acuerdo con las normas de auditoría del sector público. Además, dicho control financiero corresponderá al interventor en los casos de la actividad económico-financiera de los organismos autónomos y sociedades mercantiles dependientes del ente local, respecto de las operaciones no sujetas a fiscalización previa.

C. El control de eficacia.

El control de eficacia, se define en el art. 221 TRLHL, y tendrá por objeto la comprobación periódica del grado de cumplimiento de los objetivos, así como el análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento de los respectivos servicios o inversiones.

Si se tiene en cuenta lo que significa el término eficiencia y que el control financiero también se ejerce de forma periódica, se puede concluir que estamos en presencia de una repetición, o mejor dicho, una reiteración de controles, dado que el control de eficacia, en puridad, estaría incluido dentro del control financiero, con el matiz de añadir el análisis del coste de funcionamiento y rendimiento de dichos servicios o inversiones³.

3. TÉCNICAS DE AUDITORÍA APLICADAS A LAS ENTIDADES LOCALES.

La gestión de los fondos públicos y del patrimonio requieren medidas específicas, que se podrían denominar como control de la actividad financiera o genéricamente en nuestro ámbito como control interno.

³ CHOLBI CACHÁ, A.: *“Breves reflexiones sobre los tipos de control de la actividad económico-financiera del sector público y su encaje con la actual regulación del control interno en las entidades locales”.*

Para el Profesor Sosa Wagner el término control es un concepto muy amplio, con muchas acepciones y poco preciso hasta para el lenguaje de la calle.

Doctrinalmente, según Fuentes Vega	Según el diccionario
El término CONTROL es genérico y se refiere a la adecuación de lo actuado con respecto a la norma que lo regula o con lo previamente programado, sin referencia alguna al momento en que se realiza.	Es un Galicismo . Palabra que no se incorpora al DRAE hasta 1927. Significa actualmente “comprobación, inspección, intervención”
La FISCALIZACIÓN es la comprobación que se realiza con anterioridad a que se materialice un determinado proceso y es un examen fundamentalmente de legalidad.	Originariamente “acusar, increpar a alguno lo mal hecho”. Actualmente la actividad consistente en criticar o sindicar las acciones u obras de un tercero. También el oficio del fiscal.
La INTERVENCIÓN, en cambio, sería ese mismo proceso pero referido a un momento posterior.	Asistir con autoridad o entrar a la parte con otros en alguna cosa, junta o negocio. En el vigente DRAE “el examen y censura de cuentas con autoridad suficiente para ello”, y es el Interventor quien “autoriza y fiscaliza ciertas operaciones para asegurar su corrección”.

Fuente⁴

De esta forma se puede establecer que el control interno es un proceso que tiene por objeto:

- La efectividad y la eficiencia operacional,
- La confiabilidad de la información financiera, y
- El cumplimiento de políticas (objetivos), leyes y normas.

Así, se puede concluir que tiene cinco componentes:

- Un ambiente de control
- Una valoración de riesgos,
- Las actividades de control,
- Información y comunicación, y

⁴ MORENO URBANO, J.M. “La auditoría como técnica de control interno en la administración local. El control financiero de las empresas públicas, aspectos prácticos sobre su ejecución”.

• La supervisión

El control que se debe realizar, se puede clasificar de acuerdo con varios criterios⁵:

1. En función del momento en que se ejerce;
 - a. control previo,
 - b. control concomitante,
 - c. control ex post.
2. En función de su alcance:
 - a. Pleno,
 - b. Limitado.
3. En función de su objeto:
 - a. Material,
 - b. Formal.

La posición de los funcionarios que tienen encomendado el control interno en el ámbito local es más comprometida que la de los que ejercen estas mismas funciones en el ámbito autonómico y estatal.

La fiscalización plena se aplica por defecto, salvo en los supuestos en los que lo acuerde el Pleno, y en los expresamente previstos en el TRLRHL.

El Pleno, podrá acordar, a propuesta del Presidente, previo informe del órgano interventor, que la intervención previa se limite a comprobar los siguientes extremos:

1. La existencia de crédito presupuestario y que el propuesto es el adecuado a la naturaleza de gasto u obligación que se proponga contraer.
2. En los casos en que se trate de contraer compromisos de gastos de carácter plurianual se comprobará, además, si se cumple lo preceptuado en el artículo 174 TRLHL.
3. Que las obligaciones o gasto se generan por órgano competente.
4. Aquellos otros extremos que, por su trascendencia en el proceso de gestión, se determinen por el Pleno a propuesta del Presidente.

Cuando se aplique esta versión limitada previa sólo tendrán la consideración de esenciales los aspectos que afecten a los aspectos que el Pleno haya acordado

⁵ MORENO URBANO, J.M. *“La auditoría como técnica de control interno en la administración local. El control financiero de las empresas públicas, aspectos prácticos sobre su ejecución”*.

comprobar. El Interventor podrá formular las observaciones complementarias que considere conveniente.

La fiscalización plena posterior procede cuando se someten a las obligaciones, gastos y derechos sometidos a la fiscalización limitada a otra fiscalización plena con posterioridad, ejercida sobre una muestra representativa de los actos, documentos o expedientes que dieron origen a la referida fiscalización, mediante la aplicación de técnicas de muestreo o auditoría, con el fin de verificar que se ajustan a las disposiciones aplicables en cada caso y con objeto de determinar el grado del cumplimiento de la legalidad en la gestión de los créditos.

Llegados a esta altura del trabajo cabría plantearse la siguiente cuestión, ¿cuándo procede utilizar las técnicas de auditoría en el ámbito del control interno?

Para responder a esa presunta es bastante ilustrativa la tabla⁶ que se presenta a continuación, puesto que permite analizar de una forma detallada y esquemática los distintos tipos de auditoría que se pueden dar y donde encuentran su acomodo legal.

De esta forma se podrá utilizar en los supuestos establecidos en los artículos 219. 3 y 4, TRLRHL y en estos casos el legislador da dos opciones; muestreo o auditoría.

FUNCIONES CONTROL INTERNO	SUPUESTOS DE TÉCNICA DE AUDITORÍA	PRECEPTO LEGAL	CLASE DE AUDITORÍA
Función interventora	Fiscalización plena posterior de expedientes de gasto por muestreo o auditoría, tras fiscalización previa limitada	219.3 TRLRHL	Auditoría de cumplimiento
	Actuaciones comprobatorias posteriores en materia de ingresos mediante técnicas de muestreo o auditoría (acuerdo pleno sustitución de fiscalización previa)	219.4 TRLRHL	Auditoría de cumplimiento
Función de control financiero	Desarrollo de la contabilidad financiera y seguimiento del presupuesto	204.1 TRLRHL	Auditoría financiera de cumplimiento
	Procedimientos de auditoría interna de organismos autónomos y sociedades mercantiles.	4.1.1 RD 1174/1987	Auditoría financiera
	Inspección de la contabilidad de OO.AA. y SS.MM.	204.2 TRLRHL	Auditoría financiera de cumplimiento
	Presentación de la información financiera de servicios, OOAA, y SSMM	220 TRLRHL	Auditoría de cumplimiento
	Cumplimiento de normas y directrices de aplicación a servicios OO.AA. y SS.MM.	220 TRLRHL	Auditoría de cumplimiento
	Grado de eficiencia y eficacia en la consecución de los objetivos	220 TRLRHL	Auditoría de economía y eficiencia
Función de control de eficacia	Comprobación periódica del grado de cumplimiento de objetivos	221 TRLRHL	Auditoría de programas
	Análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento de los servicios e inversiones	221 TRLRHL	Auditoría de economía y de sistemas y procedimientos

⁶ MORENO URBANO, J.M. "La auditoría como técnica de control interno en la administración local. El control financiero de las empresas públicas. aspectos prácticos sobre su ejecución".

De todo lo expuesto hasta el momento se puede extraer una primera conclusión y es que el control interno en general, y la utilización de la técnica de auditoría en el ámbito del control interno es una responsabilidad administrativa reservada a Funcionarios de Administración Local con Habilitación Estatal, concretamente a la Intervención o Secretaría-Intervención, de acuerdo con lo establecido en el artículo 213 del TRLRHL, en el artículo 1.1.b) y en el artículo 4.1.i) del Real Decreto 1174/1987.

El Tribunal de Cuentas recoge que en el ejercicio del control interno las auditorías se caracterizan por:

- La normativa reguladora de las entidades locales no contiene referencia expresa a la posibilidad de acudir a auditorías privadas para la verificación de las cuentas y actividades de la entidad local,
- Sólo puede llevarse a cabo cuando el órgano de control interno haga uso de la facultad que le confiere el artículo 222 TRLRHL de solicitar informes y asesoramientos que estime necesarios para el desarrollo de su función.
- La reserva de funciones a favor de Funcionarios de Habilitación Nacional hace que sea requisito la petición por éstos los asesoramientos e informes externos, salvo expresa habilitación legal en contrario.
- Los informes elaborados por colaboradores privados requerirán la supervisión y aceptación definitiva por los órganos de control interno, y sólo adquirirán carácter formal de auditorías cuando la normativa expresamente lo contemple.
- Para la realización de estos trabajos de auditoría se requiere estar inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas.

Por otro lado, a través de la Orden EHA2416/2011, de 1 de septiembre, se declara la insuficiencia de medios de la Intervención General de la Administración del Estado, que justifica la contratación con empresas privadas de auditoría (BOE de 13 de septiembre de 2011), que colige en su artículo 1 que:

“La Intervención General de la Administración del Estado carece de efectivos suficientes para hacer frente, en el plazo previsto, a algunas de las actuaciones de control y auditoría previstas en el Plan Parcial de Auditorías y Control Financiero de Subvenciones y Ayudas Públicas para el año 2012 y en el Plan de Control de Fondos Comunitarios para el año auditor 2011-2012, por lo que razones de eficiencia técnica y organizativa encaminadas a cumplir los objetivos de ejecución contenidos en dichos Planes y, fundamentalmente, razones orientadas a dar cumplimiento a la normativa nacional y comunitaria, determinan la necesidad de establecer un proceso de colaboración con empresas privadas de auditoría mediante la contratación de determinadas actuaciones de control”.

De igual modo, en su artículo 2 faculta a la Intervención General del Estado para que dentro de sus disponibilidades presupuestarias, recabe la colaboración de empresas privadas de auditoría para la realización de auditorías de las cuentas anuales del ejercicio 2011 de las entidades a que se refiere el artículo 168 de la Ley General Presupuestaria, incluidas en el Plan Parcial de Auditorías y Control Financiero de Subvenciones y Ayudas Públicas para el año 2012 y para la realización de controles de fondos comunitarios establecidos en el Plan de Control de Fondos Comunitarios para el año auditor 2011-2012.

Por otro lado, habría que destacar que la Cámara de Cuentas de Andalucía también ha aprobado un Pliego de Prescripciones Técnicas que registrarán los contratos de servicios con auditores privados para la colaboración con la Cámara de Cuentas de Andalucía en la realización de la auditoría de regularidad de determinados Ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Llevar a cabo las labores de control a través de las técnicas de auditoría que han de desarrollarse es complejo y en la mayoría de los casos difícil de poner en marcha.

Para ello se podrían seguir las Normas de Auditorías del Sector Público (en adelante, NASP), que, en principio, de acuerdo con lo establecido en la Resolución de 1 de septiembre de 1998 del Interventor General de la Administración del Estado por la que se ordena la publicación de la resolución que aprueba las normas de auditoría del sector público, *“a su vez, es preciso destacar su posible extensión a otros ámbitos, como sería la Administración Local, tal como establece la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, que en su artículo 201, apartado 3, preceptúa que el control financiero se realizará por procedimientos de auditoría de acuerdo con las Normas de Auditoría del Sector Público”*.

Es recomendable que en cada Entidad Local, bien mediante un Reglamento o a través de Bases de Ejecución del Presupuesto con una regulación propia o mediante referencia expresa a normas estatales, se desarrolle la forma en la que se va a llevar a cabo dicha auditoría, así como el ámbito en el que se va a aplicar y los medios para llevarlas a la práctica.

Se pueden destacar las siguientes NASP, para la realización de auditorías en el ámbito del control interno:

- Normas de Auditoría del Sector Público (01-09-1998)
- Norma Técnica para la evaluación de la calidad en las auditorías y actuaciones de control financiero (23-11-1999)
- Instrucción sobre organización de los papeles de trabajo en las auditorías y actuaciones de control financiero (11-06-2002)
- Norma Técnica sobre los informes adicionales al de auditoría de cuentas emitidos por la Intervención General de la Administración del Estado (25-09-2002)

- Norma Técnica para la elaboración del informe de auditoría de la Cuenta de los Tributos Estatales y recursos de otras Administraciones y Entes Públicos (14-03-2003)
- Norma Técnica para la elaboración del informe de auditoría de los procesos de enajenación de participaciones significativas del Sector Público Estatal (14-03-2003)
- Norma Técnica sobre los informes de auditoría de las cuentas anuales emitidos por la Intervención General de la Administración del Estado (08-03-2005)
- Norma Técnica sobre evaluación de la importancia relativa en las auditorías de cuentas realizadas por la Intervención General de la Administración del Estado (11-04-2007)
- Norma Técnica sobre colaboración con auditores privados en la realización de auditorías públicas (11-04-2007)
- Norma Técnica sobre los informes de auditoría de las cuentas anuales emitidos por la Intervención General de la Administración del Estado (11-11-2013). (Aplicable a las cuentas anuales que se inicien a partir del 01-01-2013).

De acuerdo con las NASP ha de establecerse la obligación de planificar el trabajo de auditorías. El Plan ha de recoger⁷:

- a) Desarrollo de un plan global relativo al ámbito y desarrollo de la auditoría.
- b) Programa para cada área en que se divida el trabajo a realizar.
- c) Calendario de la auditoría.
- d) Memoria de la planificación,

Los objetivos que se pretenden conseguir con la realización de la auditoría han de estar definidos en la planificación, y de ellos va a depender el tipo de auditoría que se vaya a realizar.

Las distintas clases de auditoría establecidas en las NASP son las siguientes⁸:

1.- Auditorías de Regularidad:

- 1.1. Auditorías Financieras: A través de ellas se pretende obtener una seguridad razonable acerca de si la contabilidad en general, y las cuentas anuales y demás estados financieros, expresan fielmente el resultado de la gestión y su adecuada realidad patrimonial.

⁷ Resolución de 1 de septiembre de 1998 del Interventor General de la Administración del Estado por la que se ordena la publicación de la resolución que aprueba las normas de auditoría del sector público. Apartado 5.1.7.

⁸ MORENO URBANO, J.M. "La auditoría como técnica de control interno en la administración local. El control financiero de las empresas públicas. aspectos prácticos sobre su ejecución".

- 1.2. Auditorías de Cumplimiento: Tratan de verificar que los actos, operaciones y procedimientos de gestión se han desarrollado conforme con las normas, disposiciones y directrices que sean de aplicación.

2.- Auditorías Operativas: Constituyen un examen sistemático y objetivo a fin de proporcionar una valoración independiente de las operaciones de la organización, programa, actividad o función pública, con el fin de verificar el nivel de eficacia, eficiencia y economía, de acuerdo con los principios generales de buena gestión.

- 2.1 Auditoría de Economía y Eficiencia: ha de determinar si la Entidad está adquiriendo, manteniendo y empleando los recursos de forma económica y eficiente.
- 2.2. Auditorías de Programas: tratan de determinar si se alcanzan los resultados y objetivos, la eficiencia de las organizaciones, si se han cumplido las normas relevantes al respecto.
- 2.3. Auditorías de Sistemas y Procedimientos consisten en el estudio exhaustivo de un procedimiento administrativo de gestión financiera con la finalidad de proporcionar su descripción completa, detectar sus posibles deficiencias o, en su caso, su obsolescencia y proponer medidas correctoras.

Por otro lado el alcance de los trabajos que se vayan a realizar por la auditoría deben estar definidos en la planificación.

De acuerdo con lo establecido en el apartado 3.1 la auditoría deberá realizarse por personas que posean individualmente y en conjunto la cualificación profesional necesaria para la ejecución de las tareas encomendadas.

Tanto los órganos de control como los auditores gozarán y mantendrán una posición de independencia y actuarán con total objetividad. La ejecución de los trabajos, así como la preparación y redacción de los informes se realizará con la debida diligencia profesional.

El auditor es responsable del contenido del informe y de sus conclusiones. Deberá mantener y garantizar la confidencialidad acerca de la información obtenida en el curso de sus actuaciones, con la amplitud y limitaciones de las disposiciones legales.

La NASP número 3.2 y 5 están dedicadas a la ejecución de los trabajos. De este modo, se considera interesante destacar que:

- El trabajo estará planificado.

- Deberá efectuarse un estudio y una evaluación adecuada del control interno para determinar su grado de confianza y en base a ello planificar la auditoría en función del riesgo previsible.
- Se deberá obtener evidencia suficiente, pertinente y válida a fin de lograr una base de juicio razonable en la que apoyar los comentarios, conclusiones y recomendaciones.
- Se formará un archivo completo y detallado del trabajo efectuado y de las conclusiones alcanzadas en el que se incluirán todos los papeles de trabajo.
- Los trabajos de los distintos miembros del equipo de auditoría deben ser revisados.
- Respecto de normas u otros requisitos de obligado cumplimiento importantes para los objetivos de la auditoría, ésta se desarrollará de forma que proporcione garantías suficientes acerca de su cumplimiento.

Las Normas sobre la preparación, contenido y presentación de los informes se recogen en la NASP 3.3 y 6, así,

1. Los auditores elaborarán informes por escrito para comunicar los resultados de la auditoría.
2. Los informes se deberán presentar oportunamente, en las fechas establecidas; se emitirán informes previos parciales cuando la importancia de los hechos identificados recomienden una actuación inmediata.
3. Cada informe incluirá como mínimo los siguientes apartados:
 - a) Título e identificación de los auditados y la de aquellos a los que va dirigido el informe.
 - b) Competencia y razones del control financiero.
 - c) Objetivos, limitaciones y alcance del trabajo desarrollado.
 - d) Declaración de que el trabajo ha sido realizado de acuerdo con las normas técnicas de auditoría establecidas.
 - e) Los resultados de la auditoría y, cuando sean aplicables, las conclusiones obtenidas.
 - f) El alcance de la auditoría acerca de la verificación de los controles internos e indicación de cualquier debilidad significativa detectada en ellos a lo largo del proceso.
 - g) En su caso, recomendaciones para introducir mejoras que ayuden a corregir las áreas problemáticas o las debilidades detectadas.
 - h) Mención expresa del grado de observancia de la legislación aplicable de acuerdo con el objeto de la auditoría.
 - i) Descripción de los logros más notables alcanzados por la entidad auditada, particularmente cuando las mejoras de gestión en un área puedan ser aplicables en cualquier otra.

- j) Indicación de las posibles consecuencias negativas que puedan derivarse de no corregir las deficiencias señaladas.
- k) Identificación de todas aquellas cuestiones que pudieran requerir un estudio más amplio y preciso, a efectos de ser tenidas en cuenta en la planificación de futuras auditorías.
- l) Referencia a las informaciones relevantes excluidas del informe por su confidencialidad y que deberán figurar en un informe separado.
- m) Las alegaciones que hayan hecho los responsables de la entidad, programa o actividad auditada respecto a los resultados, conclusiones, recomendaciones y acciones correctoras planteadas.
- n) Limitaciones encontradas en la aplicación de las normas y procedimientos de auditoría.
- ñ) Se incluirá como anexo al informe cualquier otra información suplementaria de interés. En el informe se hará referencia a aquellos aspectos que sean objeto de ampliación en el anexo.
- o) La fecha de emisión del informe y la firma del auditor o auditores.

4. Tratándose de informes que incluyan aspectos financieros, contendrán además de los temas indicados en el punto anterior los siguientes:

- a) Mención expresa acerca de si los estados financieros recogen la información necesaria y suficiente para una comprensión e interpretación adecuadas y que han sido elaborados de conformidad con los principios y normas contables establecidos.
- b) Declaración acerca de si las normas y principios contables utilizados guardan uniformidad con los aplicados en el ejercicio anterior.
- c) Indicación de si los estados financieros expresan en todos los aspectos significativos la imagen fiel de la situación económica y financiera de la entidad y de los resultados de sus operaciones, así como de los recursos obtenidos y aplicados.
- d) Opinión del equipo auditor en relación con los estados financieros tomados en su conjunto o bien la indicación de que no se puede emitir tal opinión.

5. La abstención de opinión sólo se formulará en aquellos casos en que resulte imprescindible y, como regla general, el auditor procurará emitir opinión con las salvedades que resulten precisas, a fin de procurar en lo posible el máximo cumplimiento de la finalidad informativa que corresponde a la auditoría.

6. Una adecuada calidad del informe exige:

- a) Que sea completo.
- b) Presentar hechos reales de forma exacta, objetiva y ponderada.
- c) Presentar los hechos comprobados y las conclusiones de forma convincente.

- d) Incluir únicamente información sobre hechos comprobados y conclusiones que estén firmemente fundamentadas por evidencia suficiente, pertinente y válida, contenida en los papeles de trabajo.
- e) Estar escrito en un lenguaje tan claro y sencillo como sea posible.
- f) Ser conciso, de manera que se destaque la información relevante que no deba quedar subsumida entre comentarios, datos y cifras.
- g) Poner énfasis en las mejoras a introducir y no insistir en la crítica del pasado, que en ningún caso deberá caer en la acritud.
- h) Reconocer las dificultades o circunstancias adversas en las que se desenvolvían los responsables de la gestión de la entidad auditada, en los supuestos en que esto suceda.

VI. BIBLIOGRAFÍA Y LEGISLACIÓN.

CHOLBI CACHÁ, A.: *“Breves reflexiones sobre los tipos de control de la actividad económico-financiera del sector público y su encaje con la actual regulación del control interno en las entidades locales”*.

MORENO URBANO, J.M.: *“La auditoría como técnica de control interno en la administración local. el control financiero de las empresas públicas. aspectos prácticos sobre su ejecución”*.

Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales.

Constitución Española.

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.

Resolución de 1 de septiembre de 1998 del Interventor General de la Administración del Estado por la que se ordena la publicación de la resolución que aprueba las Normas de Auditoría del Sector Público.

Pliego de Prescripciones Técnicas que han de regir en los contratos de servicios con auditores privados para la colaboración con la Cámara de Cuentas de Andalucía en la realización de la Auditoría de regularidad de determinados Ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Andalucía

Orden EHA/2416/2011, de 1 de septiembre, por la que se declara la insuficiencia de medios de la Intervención General de la Administración del Estado, que justifica la contratación con empresas privadas de auditoría.

Normas de auditoría del Sector Público.



SEGURIDAD JURÍDICA EN LA REVISIÓN DE OFICIO DE LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS

Manuel PÉREZ ALCALÁ

*Técnico A1 Sección Administrativa de Urbanismo
Ayuntamiento de Almuñécar*

Trabajo de evaluación presentado al Curso de Especialización en Disciplina Urbanística. Granada, CEMCI, abril a junio 2013.

SUMARIO:

1. Introducción.
2. La regulación de la potestad revisadora. Entre los principios de legalidad y seguridad jurídica.
3. La efectividad de la revisión de oficio y la ponderación de los límites a su ejercicio.
4. La influencia del tiempo transcurrido como límite a la revisión de actos urbanísticos.
5. Conclusiones finales.
6. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Dentro de la regulación de la disciplina urbanística, recogida en el Título VI de la Ley 7/2002, de 17 de Diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (en adelante LOUA), el último de sus preceptos, artículo 190, regula la “Revisión de Licencias Urbanísticas y órdenes de ejecución”. Cierra por tanto el último capítulo (V) sobre disciplina urbanística, que tiene por finalidad regular la “La protección de la legalidad urbanística y el restablecimiento del orden jurídico perturbado”.

La ubicación sistemática del artículo 190 de la LOUA en el capítulo indicado explicita de inicio que el procedimiento de revisión de licencias urbanísticas tiene su fundamento en la necesidad de salvaguardar la legalidad, como consecuencia del principio constitucional recogido en el art. 9. ap.1 y 3 de la Constitución Española (CE), del que nace el mandando de sometimiento pleno de la Administración Pública a la ley y al Derecho (art. 103.1 de la CE). Sin embargo, también resulta ser un medio excepcional o último recurso para la consecución de dicho fin, ya que en el caso de los actos administrativos -entre los que analizaremos los de concesión de licencias

urbanísticas- afecta a aquellos que son firmes, y su anulación, especialmente tratándose de actos favorables o declarativos de derechos, puede generar perjuicios que representen una quiebra inadmisibles de otro principio constitucional, el de seguridad jurídica, consagrado en también en el art. 9.3 de la CE.

Es decir, la revisión es una potestad “bien singular y exorbitante”¹, enmarcada dentro de la potestad de autotutela administrativa, que permite la depuración legal de la actuación administrativa en búsqueda del objeto de los intereses generales. Y ello ante situaciones aparentemente revestidas de legalidad, y generalmente consolidadas en el tiempo. Dado que el ejercicio de esta potestad es admisible, en principio, en todo momento², y su ejercicio puede afectar gravemente a la seguridad jurídica, el legislador ha establecido los mecanismos para impedir que la misma “se convierta en un instrumento más lesivo que la afrenta a la legalidad que trata de restañar”³.

El conflicto entre legalidad y seguridad jurídica que late en esta institución, se manifiesta en su regulación, informada por tales principios e interpretada con arreglo a ellos, sin que siempre haya de prevalecer uno frente al otro⁴. De modo semejante, cuando se desciende al campo práctico de la aplicación del derecho, la influencia de esos principios en cada caso y la prevalencia definitiva de uno sobre el otro, se decide acudiendo al criterio corrector de la equidad. En congruencia con lo previsto en el art. 3.2 del CC, la autorización del recurso a la equidad como árbitro en cada caso concreto encuentra manifestación normativa expresa en el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)⁵. Los límites que dicho precepto señala para el ejercicio de la potestad de revisión, permiten su exclusión cuando su ejercicio, incluso constatado el vicio de nulidad⁶, no resultara equitativo al implicar una quiebra inaceptable de la seguridad jurídica.

La naturaleza misma de la potestad de revisión de actos firmes, explica que en la práctica, uno de los factores determinantes para valorar su procedencia o su exclusión⁷ por razones de equidad, sea el tiempo transcurrido. Dado que afecta a actos firmes y puede hacerlo en cualquier momento, en numerosas ocasiones esos actos se han producido mucho tiempo atrás y sin que haya existido ninguna puesta en duda de su legalidad por vía de recurso administrativo, como es habitual en el caso de actos favorables o declarativos de derechos; en tanto que implica un ataque a una apariencia de legalidad, tanto más traumática será la declaración de nulidad cuanto por mayor tiempo haya regido esa apariencia; el tiempo por el que se mantiene un acto firme desplegando efectos jurídicos en apariencia legales, puede dar lugar a la consolidación de situaciones y adquisición de derechos por terceros de buena fe; la actitud, activa o pasiva, tanto de la Administración autora del acto como del destinatario de mismo, antes y después de su nacimiento, etc. Todos estos son factores cuya ponderación se antoja imprescindible para determinar la solución en cada caso y en los que el tiempo transcurrido suele desempeñar un papel protagonista. El tiempo transcurrido, unido a otras circunstancias, bien puede justificar la no revisión de acto nulo de pleno derecho o, por el contrario, carecer de entidad suficiente para impedirlo.

Este trabajo tiene por objeto analizar la influencia del tiempo como límite a la potestad de revisión de actos firmes de concesión de licencia urbanística en el contexto de tensión entre legalidad y seguridad jurídica. Para ello nos referiremos a continuación a ese contexto general, y finalizaremos con un examen particular de la influencia del tiempo en estos procedimientos de revisión según la doctrina emanada, especialmente, de Consejo Consultivo de Andalucía.

2. LA REGULACIÓN DE LA POTESTAD REVISORA. ENTRE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA.

El artículo 190 de la LOUA establece en su apartado 1º que: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior [suspensión de la eficacia], las licencias urbanísticas y las órdenes de ejecución, así como cualquier otro acto administrativo previsto en esta Ley, cuyo contenido constituya o habilite de manera manifiesta alguna de las infracciones urbanísticas graves o muy graves definidas en esta Ley, deberán ser objeto de revisión por el órgano competente, de conformidad con lo establecido en legislación reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”*

Este precepto ha sido desarrollado reglamentariamente por el Decreto 60/2010, de 16 de Marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, de manera que su artículo 58 dispone:

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, las licencias urbanísticas y las órdenes de ejecución, así como cualquier otro acto administrativo previsto en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, cuyo contenido constituya o habilite de manera manifiesta alguna de las infracciones urbanísticas graves o muy graves definidas en la citada Ley, deberán ser objeto de revisión por el órgano competente, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, de conformidad con lo establecido en la legislación reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

2. Anulada la licencia u orden de ejecución, o aquél acto o acuerdo que ampare el derecho a construir, edificar o urbanizar, la Corporación Local procederá a restablecer el orden jurídico vulnerado, ordenando la inmediata reposición de la realidad física alterada al amparo del título anulado con adopción de algunas de las medidas previstas en el artículo 49.2, sin perjuicio de las responsabilidades que sean exigibles conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y de la iniciación, en su caso, del correspondiente procedimiento sancionador.

3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de régimen local, la Consejería con competencia en materia de urbanismo podrá instar de las Corporaciones Locales la declaración de nulidad de los actos a los que se refiere el apartado primero, así como impugnar la desestimación expresa o presunta de las solicitudes que hubiere instado, en los términos y plazos previstos por la legislación de procedimiento administrativo común y de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En ambos casos se realiza por el legislador una remisión al procedimiento de revisión de actos y disposiciones que se regula en el Capítulo I del Título VII de la LRJPAC, artículos. 102 a 106. En esta regulación, además de los casos de revocación de actos y rectificación de errores del art. 105, se distinguen los casos de revisión de actos nulos de pleno derecho (art. 102.1) recogidos en el art. 62.1 de la Ley -a los que nos referimos especialmente en este trabajo- y la declaración de lesividad de actos meramente anulables (art. 103.1) conforme a lo previsto en el art. 63.1, como presupuesto para la impugnación jurisdiccional posterior del acto anulable. Aunque sean de aplicación en lo no previsto las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos (Título VI de la Ley), se recogen normas específicas sobre admisión a trámite (art. 102.3), duración de los procedimientos y efectos de la falta de resolución expresa (arts. 102.5 y 103.3), adopción de medidas provisionales (art.104), competencia (103.4 y 5) y, finalmente, límites a las facultades de revisión cuya concurrencia impedirá la anulación del acto, aún constatados en él vicios que, en principio, la justificarían.

En esta regulación se aprecia la incidencia de los principios de legalidad y seguridad jurídica, de modo que mientras que de un lado el legislador permite por ese mecanismo la depuración de actuaciones administrativa ilegales, sujeta el uso de esta facultad a reglas que la restringen a casos en que, *prima facie*, puede estar justificada, por encima incluso del mantenimiento de la seguridad jurídica. En este último sentido podemos enfocar la regulación vista, repasando algunos aspectos que dan cuenta del equilibrio que se trata de buscar.

- Los vicios que justifican la revisión.

Como se ha dicho, la revisión de actos administrativos y su anulación puede y debe⁸ llevarse a cabo por la Administración por la vía prevista en el artículo 102 y sin necesidad de intervención judicial, cuando los vicios que en ellos concurren sean de especial entidad y sólo en ese caso. Esta limitación en atención al grado de las infracciones, representa una manifestación tanto del principio de legalidad (reacción obligatoria frente a infracciones graves) como del de seguridad jurídica (limitación de la dicha reacción sólo a tales casos). Así, el artículo 190.1 de la LOUA comienza limitando la potestad de revisión a los actos “cuyo contenido constituya o habilite de manera manifiesta alguna de las infracciones urbanísticas graves o muy graves” previstas en ella. Sobre esto último, debemos remitirnos al art. 207.3 y 4 de la LOUA, que define las infracciones graves y muy graves, y a la Jurisprudencia, que ha definido la expresión⁹.

Los actos que incurran en vicios de mera anulabilidad (y, por exclusión, constituyan o habiliten infracciones leves), habrán de ser objeto de declaración de lesividad, sometida a la mayor garantía de un ulterior examen jurisdiccional (art. 103.1), y limitada temporalmente (art. 104). Puede observarse, la relevancia que se otorga al principio de seguridad jurídica, al someter a un procedimiento más garantista la eliminación de actos firmes cuando sean simplemente anulables. Ello no implica que no pueda acudir a la declaración de lesividad en el caso de actos nulos, lo que no ocurre a la inversa, pues los actos meramente anulables no pueden ser anulados directamente por la Administración¹⁰.

El carácter restrictivo de este mecanismo excepcional, se manifiesta también la prudencia y moderación que debe regir en la Administración de las causas de nulidad de pleno derecho, según constante jurisprudencia y el carácter restrictivo con que han de interpretarse¹¹. Especialmente interesante a este respecto es la distinción jurisprudencial entre requisitos esenciales y no esenciales a los que alude el art. 62.1.f) de la LRJPAC, sobre todo en el caso de las licencias urbanísticas¹².

Esto último no implica que deba existir una mayor relajación al identificar posibles causas de nulidad, sino que como señala el Dictamen nº 306/2013, de 8 de Mayo: *“... las causas de nulidad han de interpretarse restrictivamente, lo que no significa que, sin caer en laxitudes que el ordenamiento jurídico no consiente, no haya que tener en cuenta las circunstancias del caso concreto para la subsunción del mismo en las causas de nulidad preestablecidas por la Ley. Ello resulta no sólo conveniente, sino obligado cuando los perfiles del supuesto de hecho no resulten nítidos”*.

- Admisión a trámite.

Si bien queda configurado el ejercicio de la potestad revisora como inexcusable, al menos desde la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de Enero, y puede ejercerse en cualquier momento, el legislador quiere evitar que el empleo injustificado o fraudulento de la revisión de actos nulos lo convierta en norma frente al principio general de inalterabilidad de actos firmes o se convierta en una vía para reabrir constantemente la impugnación de un acto. De ahí que en el apartado 3º del artículo 102 se prevea que: *“El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 62 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.”*

Esta manifestación de la seguridad jurídica, previendo la inadmisión motivada pero “*ad limine*”, sin necesidad de acudir al previo dictamen del órgano consultivo, pretende conjurar incluso el efecto de incertidumbre al que se puede ver sometido el acto con la simple tramitación del procedimiento. Así, la STSJ de Medir, de 18 de Mayo de 2.006 (RJCA/2006/482) declaraba que “... *ello conlleva que deba modularse la posibilidad de apertura del procedimiento revisorio, atribuyéndole cierto carácter restrictivo por afectar a impugnaciones de actos administrativos amparados por la presunción de legitimidad y que son, además, actos firmen y consentidos*”.

Sobre las causas de inadmisibilidad que recoge el precepto, y que incorporan conceptos jurídicos indeterminados, puede consultarse la abundante Jurisprudencia al respecto. Merece atención por establecer una doctrina general, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 27 de Noviembre de 2.009 (Rec. Núm. 4389/2005), que en definitiva viene a señalar que mediante dicho precepto, en parte anticipado por la Jurisprudencia, viene a evitarse el uso abusivo de cauce de revisión de actos nulos.

- Competencia del Pleno e intervención del órgano consultivo:

En materia de licencias urbanísticas, la competencia de ejercicio inexcusable (arts. 92.2 del EAA, 4.1.g) y 53 de la LBRL y 218.1 del ROFRJEL) para revisar de oficio los actos nulos de pleno derecho corresponde al Pleno. Así se desprende de los artículos 22.2.k de la LBRL, -aún previsto para la declaración de lesividad-, y 110.1, por analogía con la revisión de oficio de actos dictados en vía de gestión tributaria. Constituye también doctrina reiterada del Consejo Consultivo¹³, que no se altera con la Ley 57/2003, de 16 de Diciembre, al menos para el caso de los municipios que no se puedan calificar como “de gran población”. La residencia de la potestad de revisión en el Pleno, implica de nuevo un control de garantía de la seguridad jurídica, al objeto de evitar que órganos de menor representatividad puedan llevar a cabo un uso abusivo de esta potestad. Si bien no se dispone expresamente en la Ley, esta doctrina no es dudosa, y se extiende incluso al momento de la admisión a trámite, como se desprende del Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía nº 26/1998, de 26 de Marzo, no obstante la posibilidad de convalidación del acto de inicio: “*En el caso presente, no cabe duda de que es el Pleno del Ayuntamiento de.... El órgano competente para iniciar el procedimiento y, en su caso, declarar la nulidad del acto objeto del mismo. Por tal razón solicitó este Órgano consultivo, como documentación complementaria, que por el Pleno del Ayuntamiento se ratificara todo lo actuado*”.

De igual modo, se trata de garantizar la corrección de las soluciones adoptadas, mediante el sometimiento de la propuesta de revisión, positiva o negativa, a control consultivo del órgano que en el ámbito de cada Administración ostente tales competencias, en nuestro caso el Consejo Consultivo de Andalucía. Así lo refiere el último dictamen citado cuando advierte que: “*La intervención de este Consejo Consultivo en estos procedimientos, constituye un trámite esencial, ineludible y vinculante (art. 17.11 de la Ley 4/2005, de 8 de Abril, del Consejo Consultivo de*

Andalucía, en relación con el artículo 102.1 e la Ley 30/1992), habiendo condicionado el legislador estatal la declaración de nulidad al previo dictamen favorable del órgano consultivo”.

La emisión de este informe es preceptiva y vinculante, siquiera cuando se dictamina que no ha lugar a la revisión. El caso inverso, cuando se dictamina favorablemente la revisión, genera más dudas, dado que algunos autores sostienen en que en tal caso el parecer del consultivo puede no ser vinculante¹⁴, dado que es posible que incluso concurriendo motivos de nulidad radical, la apreciación por el órgano revisor de los límites previstos en el art. 106 de la LRJPAC puede determinar finalmente la no anulación del acto.

- Los límites a la revisión:

Finalmente, como manifestación más nítida e intensa del principio de seguridad jurídica, el artículo 106 de la LRJPA recoge los límites al ejercicio de las facultades de revisión:

“Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.”

Sin perjuicio de lo que se explicará en el epígrafe siguiente, desde este momento puede significarse que a diferencia de lo que sucede con la interpretación restrictiva de las causas de nulidad, la aplicación de estos límites presupone la existencia y constatación del motivo de nulidad de pleno derecho y, sin embargo, su no revisión por las exigencias que proyecta el principio de seguridad jurídica a la vista de los hechos concurrentes. Lo ilustra así el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía nº 415/2007, de 27 de Julio: “... desde el momento en que la doctrina hace operativo un límite a la facultad revisora ex artículo 106 de la Ley 30/1992, es evidente que parte de la existencia de la nulidad de pleno derecho de un acto; esto es, la doctrina no pone en tela de juicio, ni remotamente, la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho o, expresado de otra forma, esa doctrina no significa en ningún caso que actos nulos de pleno derecho sean válidos. Por tanto, no es posible, como se pretende, afirmar la validez del acto sobre la base de la doctrina expuesta”.

3. LA EFECTIVIDAD DE LA REVISIÓN DE OFICIO Y LA PONDERACIÓN DE LOS LÍMITES A SU EJERCICIO.

1. La efectividad de la revisión de oficio.

Como se ha visto hasta el momento, la regulación de la revisión de actos nulos, trata de satisfacer simultáneamente, y en la medida de lo posible, requerimientos constitucionales que a veces entran en conflicto. Dado el interés en la salvaguardia de la legalidad no puede tolerarse el mantenimiento de actos viciados de nulidad pero someter a revisión actos que aún nulos, han generado una apariencia fiable, socava el principio de seguridad jurídica, igualmente indispensable para el mantenimiento de un Estado de Derecho. Por ello, aunque la potestad revisora no puede convertirse en algo inútil, su aplicación debe limitarse a los casos que verdaderamente lo justifican. En este sentido, pueden traerse a colación pronunciamientos del Consejo Consultivo que acentúan, según los casos, o el carácter excepcional de la revisión de actos firmes, o la necesidad de que no resulte ser papel mojado en detrimento del interés en la aplicación de la Ley.

Como ejemplo de lo anterior, resulta sumamente ilustrativo el Dictamen nº 131/2008, de 20 de Febrero, que señalaba:

“La jurisprudencia del tribunal supremo, por su parte, ha iluminado esta importante cuestión, encendrándola en términos de principios constitucionales que ni vuelven vacía la potestad revisora, ni exceptúan el vigor de ésta frente a los “derechos de los particulares”. En efecto, una primacía absoluta de la regla sobre la excepción volvería inane la excepción; y una primacía absoluta de la excepción haría que la potestad revisora, que, como todas las potestades administrativas, busca el obsequio de los intereses generales, fracasara siempre, o casi siempre frente a aquellos derechos.”

Por el contrario, en el Dictamen nº 306/2013, de 13 de Mayo, se reconocía que la gravedad de ciertas infracciones urbanísticas, y las circunstancias en que se producen o mantienen, generan una política de hechos consumados que cercena constantemente los intereses públicos a que el urbanismo se orienta, por lo que éste, “[el urbanismo], no puede tolerar por más tiempo, si quiere cumplir su finalidad, que las situaciones de hecho imperen sobre el interés general que las normas persiguen. En cada caso concreto habrá que valorar las circunstancias concurrentes, pero tales actitudes y situaciones, notoriamente atentatorias al interés público, no pueden tener favorable acogida, al socaire de la protección de los derechos de los particulares”.

2. Los límites a la revisión como principios jurídicos.

Los dictámenes antes citados y otros muchos, pueden parecer contradictorios a simple vista, sin embargo ello se explica por la importancia que cobra el análisis de los hechos concurrentes en la decisión que en cada uno se adopta. Ciertamente, la revisión

de oficio recoge una posibilidad de reacción excepcional ante un hecho en teoría patológico, como es la pervivencia de actos nulos pero firmes, y por ello no puede valorarse la procedencia de su revisión si no es mediante un examen de circunstancias muchas veces complejas que no pueden ser objeto de una regulación típica. La efectividad del procedimiento de revisión, una vez constatada la concurrencia del vicio de nulidad, depende de un juicio que se desarrolla con un amplio margen de apreciación.

De ahí que el Dictamen nº 262/2011, de 28 de Abril, aclare que:

“... el artículo 106 de la Ley 30/1992, exige también una interpretación mesurada, pues en caso contrario acabaría convirtiéndose en un portillo de escape a las consecuencias de la nulidad, máxime si se considera que el legislador ha de sancionar con nulidad sólo las infracciones de invalidez extremadamente graves y el intérprete ha de aplicarlas, a su vez, prudentemente. Ahora bien, no es menos cierto que el legislador ha consagrado en esta materia una solución contraria a la efectividad de la nulidad, y que al concede esta posibilidad (sin perjuicio de la insanabilidad de la nulidad), y con prescripciones tan generales es claro que ha pretendido dotar al artículo 106 de un espacio de aplicación que debe ser identificado en función de las circunstancias presentes en cada caso”

Las prescripciones generales que ha aprobado el legislador en el artículo 106, como medio para poder abarcar, evaluar y resolver sobre situaciones complejas que pueden justificar la excepción puntual al principio de legalidad, consisten, de una parte en una relación sumamente abierta de factores que deben ser ponderados, tales como la “prescripción de acciones, el tiempo transcurrido o por otras circunstancias”, y de otro lado la fijación mediante principios, de unas guías para la interpretación que permitan alcanzar ciertos fines prescritos, como puede ser un grado deseable de seguridad jurídica. Estos últimos principios se expresan en la fórmula “su ejercicio resulte contrario a la equidad, la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

La equidad se relaciona con la necesidad de una aplicación prudente de la ley basada en consideraciones éticas que atiendan a las circunstancias de la persona, del lugar, el tiempo, etc., de modo que el rigor excesivo en la aplicación de la Ley no conlleve, atendiendo a las circunstancias, la causación de una injusticia o un perjuicio mayor que el que se trata de evitar con la norma.

La buena fe representa en el mundo jurídico un dato no sólo subjetivo sobre las convicciones del destinatario el acto, sino también el dato objetivo de la apariencia creada por el obrar de la Administración y su virtualidad para mover a los ciudadanos a ciertas conductas de las que razonablemente se abstendrían en caso de conocer la falsedad de esa apariencia.¹⁵

El derecho de los particulares designa el estado jurídico generado en la esfera de derechos de los ciudadanos, no necesariamente destinatarios del acto nulo, sobre la base de la confianza en la estabilidad de las decisiones administrativas y la razonable expectativa de su mantenimiento.

Aunque pueda efectuarse una distinción conceptual entre principios tales como la equidad, la buena fe o la confianza legítima, puede afirmarse que su interrelación es imprescindible para juzgar sobre si los hechos concretos justifican que un acto nulo haya de ser revisado o no. Así, será habitual que se tengan en cuenta múltiples factores para concluir, por ejemplo, que un acto nulo no ha de ser revisado porque su destinatario pudo confiar en su apariencia de legalidad por el tiempo transcurrido y los pronunciamientos favorables al acto de la Administración y además el vicio no representa un grave daño al interés público; o por el contrario, puede suceder que, a pesar del tiempo transcurrido, debe revisarse el acto, por difícilmente podía creer legal el contrato una empresa especialista en la materia y que además habría contribuido a la nulidad del acto presentando documentos inexactos. La aplicación de principios como los referidos permite alcanzar una solución justificada ante casos de excepción. La textura abierta de los principios y su interconexión permite enfrentar situaciones complejas en las que se impone sacrificar valores o bienes que son, a priori, igualmente valiosos, y es que *“la inmensa mayoría de los casos reales exige una tarea de concreción, esto es, una ponderación de factores relevantes cuya identidad y posibles combinaciones no resultan anticipables”*¹⁶

De lo anterior se sigue el casuismo en la aplicación de los límites a la revisión impida la formulación de reglas, entendidas como criterios jurisprudenciales, que sirvan para resolver otros casos con lo que no guarden una estrechísima identidad fáctica; y que la mera invocación de un factor o un principio no sea habitualmente suficiente – incluso en el caso del tiempo transcurrido- para limitar la facultad de revisión.

4. LA INFLUENCIA DEL TIEMPO TRANSCURRIDO COMO LÍMITE A LA REVISIÓN DE ACTOS URBANÍSTICOS.

1. El factor del tiempo transcurrido y su relación con otros factores.

El tiempo transcurrido es un factor relevante en la mayor parte de los casos en que se valora la aplicación de los límites del art. 106 de la LRJPAC. Esto es así porque, como ya se indicó, la existencia de actos firmes suele ir aparejada al transcurso de un tiempo más o menos amplio desde que se dictan o acuerdan aquellos. De este modo, el transcurso del tiempo favorece la prescripción de acciones o impugnaciones ordinarias, consolida situaciones derivadas de los actos y promueve la imagen de inalterabilidad de las apariencias jurídicas, de tal forma que coadyuva a la aplicación del principio de confianza legítima. En otros casos, sin embargo, el transcurso del tiempo no impide sino

que indica la solución revisora, precisamente por los factores que pueden concurrir durante el mismo.

Lo anterior revela que el transcurso del tiempo, incluso siendo un factor importante, no es por sí mismo suficiente para limitar las facultades de revisión. Incluso en los casos donde el tiempo transcurrido es muy significativo, se valoran otros factores concurrentes, bien de forma explícita o bien mediante la valoración del relato de hechos. Como ejemplo, puede citarse el Dictamen nº 23/2012, de 26 de Enero, que el tiempo transcurrido es de 47 años desde que se emite el acto, pero se razona, igualmente que la afección del acto nulo a los intereses públicos no era ni por asomo significativa hasta el punto de justificar la revisión.

Justo a la inversa, la concurrencia de otros factores, pueden anular la relevancia del tiempo transcurrido a la hora de acordar la revisión. Como muestra, el Dictamen nº 4/2003, de 16 de Enero, en que se argumentaba:

“Apreciada ya la concurrencia de varias causas de nulidad, este Consejo Consultivo considera que ni el tiempo transcurrido ni las demás circunstancias invocadas por la sociedad concesionaria obstaculizan la declaración de nulidad. En una situación como la descrita, en que el cúmulo de irregularidades es tan notorio y prolongado –desde 1997 comienzan a producirse actos de la Administración que ponen en cuestión lo actuado-, difícilmente puede prosperar la alegación de D., S.A., sobre la virtualidad del principio de la confianza legítima, pues no es razonable esperar el mantenimiento de una situación jurídica que acusa graves y ostensibles irregularidades tanto en su génesis como en su posterior desenvolvimiento”

En este último caso, el acto que se revisa es un contrato administrativo que data de 1995, y cuya revisión se acuerda en 2.003, esto es, a los 8 años.

Repárese en que, en muchas ocasiones, la revisión de actos nulos será solicitada por un tercero, de modo que probablemente pugne su petición con la voluntad municipal de mantener la legalidad de sus actos; a este respecto, el artículo 58.3 del RDU, prevé expresamente la impugnación directa de actos nulos por la Consejería competente en materia de vigilancia e inspección urbanística, y también las denegaciones expresas y presuntas de peticiones de revisión.

La lenta marcha de los procesos contencioso-administrativos sobre denegaciones de peticiones de revisión, o inadmisión de las mismas, puede unirse a las restricciones – cada vez menos rigurosas- que en ocasiones impone el carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Si no constan datos suficientes y contrastados sobre los vicios que pueden afectar al acto, ni Dictamen del órgano consultivo (desestimación presunta), es posible que el fallo de tales procesos se limite a ordenar el inicio de un procedimiento de revisión por existir indicios de la concurrencia de los

vicios de nulidad, sin que se anule directamente el acto por los Tribunales. De esta forma, el transcurso del tiempo transcurrido desde que se dicta el acto puede ser aun mayor. En estos casos, y sólo a modo de posible sugerencia, debe tenerse en cuenta que el transcurso del tiempo se produce por la negativa de la Administración a revisar el acto; que con seguridad, se han formulado objeciones a su validez por la peticionaria de la revisión de oficio; que el destinatario el acto ha debido ser parte en tales procedimientos y por tanto puede conocer los vicios imputados; que pueden existir terceros de buena fe, cuyo conocimiento de la posible ilegalidad del acto sea mayor o menor, en función de que les haya tenido como parte, se haya adoptado la medidas de publicidad registral de la revisión de oficio, etc.; que se ha podido acordar la suspensión del acto al inicio del procedimiento con el fin de evitar la consumación de efectos; que el procedimiento de revisión ha podido tener una duración mayor de la prevista como consecuencia de suspensiones de plazo y ampliaciones...

En definitiva, la única manera de formar un juicio aproximado sobre los factores relevantes y su influencia limitadora de la revisión, es analizar algunos pronunciamientos representativos, con referencia a sus circunstancias de hecho.

La labor de ponderación de los factores concurrentes de acuerdo con los principios de buena fe, equidad, y especialmente confianza legítima, resulta indispensable, y las variantes, combinaciones y resultados que pueden ofrecer, no puede ser anticipada. Repárese en que, como ya se apuntó, el legislador señala como factores a tener en cuenta “otras circunstancias”, esto es, cualesquiera sucesos, actitudes, situaciones, etc., que de algún modo puedan ser relevantes en la búsqueda de una solución con arreglo a principios generales del Derecho, ya citados.

2. La ponderación de factores concurrentes. Algunos casos relativos a licencias urbanísticas.

Ordenaremos los casos que se citarán en dos subgrupos, el de los casos en que la influencia del tiempo es decisiva, al fomentar la confianza legítima; y los casos en que a pesar del tiempo transcurrido concurren factores que justifican la revisión del acto nulo.

2.1.- Influencia del tiempo en la improcedencia de la revisión.

- Dictamen 262/2011, de 28 de Abril:
 - o Supuesto de hecho: Se dictamina sobre una licencia de obras nula concedida sobre una parcela ubicada según el Plan de aplicación en suelo urbano no consolidado, correspondiente a un Área de Reforma Interior. Consta acreditado que el nuevo planeamiento previsto posibilita la normalización de su situación, mediante la inclusión de la parcela en un ámbito que permite la obtención de espacios libres, y a través de la tramitación de proyectos de reparcelación y urbanización. Es en definitiva,

una licencia de obras nula por concederse sobre parcela sin la condición de solar y no preverse los mecanismos para la ejecución simultánea de la urbanización.

o Valoración del Consejo Consultivo: En cuanto al factor tiempo, el Consejo Consultivo señala que *“no puede dejar de considerar la protección del principio de seguridad jurídica, dado el tiempo transcurrido (no sólo desde que se concedió la licencia, sino también desde que se apreciaron los posibles vicios de nulidad”*

Sin embargo, no es el único factor que se valora, sino que también se indica: *“Tampoco puede desconocerse el complejo contexto normativo en el que se dictó el acto en cuestión, ni la confianza que pudo inspirar al solicitante el visado del proyecto por el Colegio de Arquitectos de Málaga, la entidad de los vicios de invalidez que se alegan y las posibilidades de normalización o regularización mediante el cumplimiento de los deberes urbanísticos (...) En este sentido alega el propietario que está participando activamente en la iniciativa de la comunidad de propietarios de terreno el área ARI-NG-4, encaminada a acometer su ejecución y satisfacer las obligaciones urbanísticas correspondientes lo antes posible”*

- Dictamen nº 433/2006, de 3 de Octubre.

o Supuesto de hecho: En el año 2.006 se revisa la licencia de instalación de un mástil de telefonía, concedida en 1996, con fundamento en que fue concedida sin atención a procedimiento alguno, si emisión de informes necesarios, ni proyecto que definiera el acto a autorizar. Ello no obstante, el mismo Ayuntamiento que inicia el procedimiento no alcanza a explicar si no existía proyecto porque nunca fue presentado –aunque consta la petición de licencia–, o bien se extravió.

o Valoración del Consejo Consultivo: En este caso, el tiempo transcurrido juega junto con el factor de los derechos de la titular de la licencia concedida diez años antes sin que en todo aquel tiempo se hiciera reparo sobre la legalidad de la autorización y, probablemente, la errática actuación municipal tanto en la exposición de los materiales de juicio para la revisión, como en la producción del acto nulo: *“Pues bien, en el presente supuesto ha de tenerse en cuenta que el acto a revisar es de autorización, habiendo pasado más de diez años desde que se concedió hasta el momento en que se decide eliminar tal acto con las consecuencias que para la interesada ha de tener tal proceder. El transcurso del tiempo y los derechos de la citada empresa se oponen al ejercicio, en este caso, de la facultad de revisión”*.

- Dictamen nº 248/2005, de 14 de Julio.

o Supuesto de hecho: Se pretende la revisión en 2.004 de una licencia de parcelación concedida a una persona que posteriormente vende una de las parcelas

resultantes sobre la que se construye una vivienda con licencia de obras. La licencia de parcelación fue concedida en 2001, con una documentación insuficiente, lo que propició su legalidad a no cumplirse la parcela mínima fijada por el planeamiento.

o Valoración del Consejo Consultivo: En este caso la buena fe y confianza legítima del tercero adquirente, unida al tiempo transcurrido que ha permitido la ejecución de su vivienda, y la total responsabilidad de la Administración en la concesión de la licencia ilegal de parcelación, sí prevalezca frente al principio de legalidad: *“...los actuales propietarios de la parcela B resultante de la segregación que fue por ellos adquirida y sobre la que se ha edificado (también en virtud de licencia otorgada por el Ayuntamiento) nada tuvieron que ver con la solicitud de parcelación ni con la aportación de documentos inexactos no ajustados a la realidad para justificar la pretensión de división de la primitiva parcela. Estos actuaron en todo momento de acuerdo con la aparente legalidad de un actos administrativos (tanto la licencia de parcelación como la ulterior licencia de obra nueva) que si son nulos, como se decía, es a consecuencia de la propia conducta de la Administración que los concedió al omitir los deberes de inspección que le corresponden, y por tanto amparados por el principio de confianza legítima que la misma Administración había generado.”*

2.2.- Procedencia de la revisión a pesar del tiempo transcurrido.

- Dictamen nº 199/2008, de 26 de Marzo.

o Supuesto de hecho: Tiene por objeto la revisión de diversas licencias de obra y ocupación concedidas con infracción del planeamiento aplicable en cuestiones como altura, número máximo de viviendas, tipología, etc.

o Valoración del Consejo Consultivo:

“... la afirmación absoluta de que la existencia de derechos afectados impide la revisión de oficio, aún siendo la clásica respuesta, ha de sostenerse ya como inadmisibile. En primer lugar, porque en materia urbanística provocaría un vaciamiento de la potestad de revisión y, en segundo lugar, y sobre todo, porque no tiene en cuenta la posible existencia de principios rectores de la política social y económica cuyo reconocimiento, respeto y protección deben informar la actuación de los poderes públicos. Los intereses públicos a que el urbanismo se orienta no pueden quedar cercenados por una “política” de hechos consumados, lo que produciría una desvirtualización de las razones de aquél, convirtiéndose en un instrumento económico, cuando no al servicio de intereses espurios. [...] En cada caso habrá que valorar las circunstancias concurrentes, pero no pueden parapearse tales situaciones al socaire de la protección de los derechos de los particulares. Lo anterior, por tanto, lejos de soluciones rígidas y abstractas, obliga a considerar cada caso, realizando una operación de valoración de los derechos afectados y los intereses públicos involucrados. Pues bien, en el expediente sometido a consulta, en el que no queda acreditada de modo fehaciente la adquisición dominical de particulares, la

ponderación entre los intereses públicos en presencia y los intereses de los particulares ha de resolverse a juicio de este Consejo Consultivo, como en anteriores ocasiones, a favor del interés público, motivo por el que no puede considerarse esta circunstancia como límite a la potestad de revisión de oficio.”

En este caso se estima que el interés público ínsito en la función urbanística y el respeto a su legalidad, prevalece, incluso en situaciones de hecho consumadas, sobre los derechos de terceros, cuando no existe una acreditación fehaciente de las adquisiciones dominicales irrevocables que habrían llevado a cabo como terceros de buena fe.

- Dictamen nº 415/2007, de 27 de Julio.

o Supuesto de hecho: Se somete a dictamen la revisión de una licencia de obras para la ejecución de un centro comercial de ocio y deporte. Además del tiempo transcurrido desde la concesión, se alegó por los propietarios del centro que actuaron de buena fe amparados en la presunción de legalidad de la licencia de obras; que la revisión provocaría un importante desequilibrio y perjuicio económico, al estar incluso abierto y en funcionamiento el centro construido; el perjuicio económico se extiende también a la Administración en caso de anularse la licencia, por razón de la indemnización que debería satisfacer por último se alegó que se encuentra en tramitación una innovación urbanística que legalizaría la construcción. La licencia de obras fue concedida en 2.001.

o Valoración del Consejo Consultivo: “... es muy reiterado en este ámbito el argumento de invocar la responsabilidad patrimonial que se derivaría para la Administración concedente de la licencia, del hecho de efectuar la revisión de oficio de la misma. Resulta por ello conveniente indicar que el mismo, en modo alguno, puede alzarse en un argumento coactivo hacia las facultades administrativas de revisión de sus propios actos, no pudiendo ser ponderado como obstáculo a la declaración de nulidad del acto administrativo, pues, en caso contrario, habrían de consolidarse, a pesar de su ilegalidad en algunos casos manifiesta, los actos cuya revisión produjese un elevado coste económico a las arcas públicas, limitando la revisión a aquellos casos en que el coste fuese fácilmente asumible por el presupuesto público. [...]”

Y añade a continuación esta interesante reflexión:

“Y no está de más, llegados a este punto, señalar que si bien la indemnización en favor de quien se ha visto perjudicado por el acto administrativo anulado parece, a priori, esgrimible como motivo para reclamar, no puede decirse lo mismo respecto a la indemnización en favor de quien se ha beneficiado por la actuación ilegal luego anulada, obteniendo un lucro al que no habría tenido acceso de haberse actuado con sujeción a la normativa de aplicación, más aún en aquellos supuestos de actuaciones urbanísticas, como las licencias de obras, en los que el

solicitante de las mismas es sujeto activo y copartícipe con la Administración en la generación del acto administrativo ilegal, mediante la elaboración del correspondiente proyecto de obras que, como en el supuesto objeto de dictamen, de forma evidente no se sujetaba al planeamiento urbanístico vigente en el momento en que se solicita y concede la licencia, siendo conocedor -inexcusable- de esta circunstancia. Así pues, ninguna de esas circunstancias puede juzgarse como apropiada y suficiente para considerar como impropcedente la revisión de oficio, sobre la base del artículo 106 de la Ley 30/1992.”

Sobre la modificación del planeamiento que permitiera la legalización el Consejo Consultivo, restringe su operatividad como una de las “otras circunstancias” a las que alude el art. 106 de la LRJPAC, con los siguientes razonamientos:

“...la innovación urbanística del planeamiento, tramitada para lograr restablecer el orden jurídico-urbanístico, restaurando así el interés público lesionado, tendría que ser preceptivamente sometida al control de este Consejo; un control que cumpliría una doble finalidad: por un lado, hacer más tangible y operativa la circunstancia que, con arreglo al artículo 106 de la Ley 30/1992, iba a jugar como límite para la revisión de oficio; y por otro, poner en manos del Consejo un instrumento a su alcance para verificar, hasta donde su competencia se extiende, que la no declaración de nulidad, condicionada a la efectiva aprobación de tal modificación, no fuese un ardid puramente formal para eludir tal declaración de nulidad, evitando finalmente que la modificación urbanística iniciada llegase a buen puerto. Por tanto, la única manera de lograr que la tramitación de una modificación urbanística sea “otra circunstancia” de las del artículo 106, de la Ley 30/1992, que opere como límite a la revisión, si no se quiere emplear abusiva y torticeramente el citado precepto, es exigir de ella una serie de circunstancias que la concreten y la hagan en cierta medida controlable, en los términos anteriormente expuestos.”

La innovación de planeamiento, para operar como una circunstancia que limite la revisión, debe estar formulada en satisfacción de los intereses generales, y no para legalizar el acto nulo; debe estar acreditada, no bastando su alegación o la hipótesis de su futura aprobación; debe poder ser objeto de control por el Consejo Consultivo.

- Dictamen nº 327/2007, de 21 de Junio.
 - o Supuesto de hecho: Se analiza la procedencia de revisar una licencia de obras concedida en 1995, para la ejecución de una estación de servicios sobre suelo cuyo uso no era industrial sino, en su mayor parte, zona verde. El primer informe jurídico que manifiesta el vicio de nulidad, previo al inicio del procedimiento de revisión, data de 2.006. La estación de servicio se encontraba en funcionamiento desde hacía años.

Por la titular de la estación de servicio se alegó, además del tiempo transcurrido, la confianza que implica que el Ayuntamiento hubiera concedido sobre el

mismo inmueble otras licencias, así como los prejuicios económicos y sociales que ocasionaría la eliminación de la estación, sus puestos de trabajo y el servicio que presta a los vecinos de la zona.

o Valoración del Consejo Consultivo: El Consejo Consultivo toma de nuevo en consideración la gravedad de la infracción urbanística que habilita la licencia y descarta que la consolidación de situaciones de hecho o las consecuencias económicas de la revisión constituyan un límite a la revisión: *“Se ha de indicar, a este respecto, que en materia urbanística no puede operarse, como límites a la revisión del acto administrativo que autoriza una construcción o edificación ilegal, a la ulterior ejecución y consolidación de dicha construcción, puesto que ello conllevaría en la práctica, como consecuencia indeseable e inadmisibles, la imposibilidad de revisar los actos ilícitos so pretexto de la consolidación de la edificación, fomentando así la comúnmente llamada “política de hechos consumados” en este ámbito concreto de la actividad administrativa municipal. En consecuencia, ni la actual apertura al público de la estación de servicio, ni la trascendencia económica de la actividad que se realiza han de ser considerados como límites a la revisión de oficio contemplada en el artículo 106 de la Ley 30/1992.”*

- Dictamen nº 231/2007, de 9 de Mayo.

o Supuesto de hecho: Se examina la posibilidad de revisión de licencia de obras concedida para la construcción de una gran superficie comercial ya abierta al público. La licencia se concede en Mayo de 2.003. Por la titular de la licencia se alegaron los daños económicos de la revisión de la licencia en tales condiciones, así como el perjuicio a la imagen comercial de la empresa; se adujo también el daño para las arcas públicas por una eventual indemnización a la titular de la licencia que se revisa.

o Valoración del Consejo Consultivo: Un vez más, y como suele suceder en los últimos tiempos en el caso de licencia urbanísticas, el Consejo Consultivo descarta que la consumación o consolidación de la situación creada por la licencia y los perjuicios económicos para la empresa y la Administración puedan enervar la facultad revisora: *“...ni la actual apertura al público de la superficie comercial, ni la trascendencia económica de la actividad que se realiza, ni menos aún el teórico perjuicio hacia la imagen comercial de una entidad mercantil que ejecuta y consolida una obra al amparo de un planeamiento urbanístico en tramitación pero sin vigencia, y que en modo alguno legitima la licencia de obras obtenida a cambio de una importante cantidad monetaria reflejada en un previo convenio urbanístico, han de ser considerados como límite a la revisión de oficio contemplada en el artículo 106 de la Ley 30/1992.”*

- Dictamen nº 581/2006, de 29 de Noviembre.

o Supuesto de hecho: Se revisa una autorización para segregar un suelo no urbanizable especialmente protegido y en contravención del planeamiento. La licencia se concede en 2.005

o Valoración del Consejo Consultivo: Una vez más, acudiendo a la idea de que la revisión no puede limitarse a través de una política de hechos consumados que indulte cualquier infracción urbanística, se niega la aplicación del art. 106 por entender que la afectación de los derechos de los particulares que produce la revisión puede ser reparada:

“En definitiva, en el presente caso no pueden operar los límites propuestos, pues sólo se ha producido daños materiales perfectamente reparables. En este sentido, otra cuestión distinta, y que no es objeto del presente dictamen, sería que la situación creada por la incorrecta actuación del Ayuntamiento pudiera dar derecho a los propietarios afectados a solicitar una indemnización por los daños que se le hubieran irrogado, lo cual, en todo caso, debería ser objeto de un procedimiento de responsabilidad patrimonial”

5. CONCLUSIONES FINALES

La revisión de oficio de actos nulos es una potestad exorbitante en la que late una tensión entre los principios de legalidad y de seguridad jurídica.

El equilibrio que se busca por el legislador entre ambos principios constitucionales, se manifiesta en su regulación, que permite su empleo, en principio, en cualquier tiempo, si bien lo limita a casos excepcionalmente graves, y sujeta a ciertas garantías. Se trata de evitar que de un lado que el mecanismo de revisión no resulte impracticable, a la vez que limitar un empleo abusivo, no justificado o fraudulento del mismo.

La constatación de la existencia de vicios de nulidad no acarrea necesariamente la revisión del acto, si se aprecia, mediante un juicio ponderado de las circunstancias concurrentes que puede verse afectada la seguridad jurídica hasta un extremo intolerable. La posibilidad de este juicio se regula en el artículo 106 de la LRJPAC, que dispone los límites a la revisión a través de la enumeración de un conjunto abierto de factores que han de ser valorados de acuerdo guías abiertas como son los principios de equidad, buena fe o confianza legítima.

En materia urbanística, y en especial en el ámbito de la licencias de este tipo, la alegación del tiempo transcurrido no es factor suficiente para estimar la improcedencia del acto nulo, sino que con apoyo en tal factor o a pesar de él, la suerte de la revisión

dependerá de otros aspectos, y muy especialmente del grado de buena fe y confianza legítima que pueda atribuirse al destinatario de la licencia y a terceros afectados por su revisión. El recurso a un sistema de decisión sobre los límites a la revisión basado en principios, implica que no sea posible anticipar las soluciones a casos concretos, y obliga a una especial consideración de los hechos y justificación de los razonamientos empleados.

NOTAS

¹ Dictamen nº 262/2011, de 28 de Abril. (si no se especifica otra cosa, los Dictámenes referidos pertenecen al Consejo Consultivo de Andalucía): *“No es una norma [el artículo 106 de la LRJPAC] interpretativa para restringir la apreciación de las causas de nulidad, sino una norma dirigida a limitar una potestad administrativa conectada con las causas de nulidad: potestad bien singular y exorbitante porque supone la remoción de actos firmes de la propia Administración revisora.”*

² El artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, señala que las Administraciones Públicas declararán de oficio la nulidad de sus actos *“En cualquier momento”*. En el caso de los actos meramente anulables, está prevista su declaración de lesividad y ulterior impugnación ante los Órganos Jurisdiccionales del Orden Contencioso-Administrativo; esta declaración de lesividad no podrá llevarse a cabo cuando hubieren transcurrido ya cuatro años desde que fuera dictado el acto administrativo.

³ Dictamen nº 206/2010, de 14 de Abril, que cita el Dictamen nº 843/2009, del Consejo de Estado: *“Ponderación que resulta obligada, porque no siempre es el restablecimiento de la legalidad vulnerada el bien jurídico que ha de prevalecer en materia de revisión de actos administrativos”*.

⁴ Dictamen nº 131/2008, de 20 de Febrero: *“En tal sentido muestra la jurisprudencia que la revisión de los actos administrativos firmes se encuentra limitada por dos principios básicos: el de legalidad y el de seguridad jurídica. Tales principios responden a unos fines (el primero, a la posibilidad de revocar actos administrativos cuya ilegalidad está constatada; y el segundo, a la necesidad de garantizar la imposibilidad de alterar una situación jurídica consolidada) que carecen de un valor absoluto”*

⁵ Artículo 3.2 del Código Civil: *“La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la Ley expresamente lo permita”*

⁶ Dictamen nº 415/2007, de 27 de Julio: *“...desde el momento en que la doctrina hace operativo un límite a la facultad revisora ex artículo 106 de la Ley 30/1992, es evidente que parte de la existencia de la nulidad de pleno derecho de un acto, esto es, la doctrina no pone en tela de juicio, ni remotamente, la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho o, expresado de otra forma, esa doctrina no significa en ningún caso que actos nulos de pleno derecho sean válidos.”*

⁷ Como señala el Dictamen nº 371/2013, de 28 de Mayo, las circunstancias que impiden la revisión operan *“en un sentido bidireccional, y no sólo cuando afectan a derechos de los particulares”*

⁸ La Ley 4/1999, de 13 de Enero, modificó el artículo 102 de manera que sustituyó la expresión anterior *“podrán”* por la imperativa *“declararán de oficio la nulidad”*.

⁹ La jurisprudencia formada al respecto con base en las diferentes legislaciones del suelo que han recogido la acción de nulidad, es reiterada y conocida. Como simple muestra citamos la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 6 de Junio de 1990 (Ar. 4811): *"la licitud de la licencia se examinaría desde diferentes puntos de vista con distintos resultados, no constituye un problema sencillo, sino intrincado y de difícil solución, lo que lleva, de por sí, que las posibles infracciones no sean fáciles de precisar y, consiguientemente, no pueden reputarse manifiestas..."*. O la Sentencia de la misma Sala de 4 de Julio de 1990 (Ar. 6017): *"la infracción no se advierte de cualquier forma sino "manifiestamente" concepto que...ha sido reiteradamente delimitado por la jurisprudencia como patente, notorio y evidente de manera que no exija su apreciación acudir a interpretaciones analógicas o a intrincados razonamientos jurídicos, y que baste al respecto el simple enfrentamiento del acuerdo por el que se haya otorgado o impartido la orden con el texto literal de las normas incumplidas..."*.

¹⁰ Dictamen nº 206/2010, de 14 de Abril: *"...la Administración puede acudir a la declaración de lesividad, aún tratándose de actos que pudieran estar viciados de nulidad, pues a la postre supone para ella el gravamen de acudir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para anular sus propios actos;"*

¹¹ Por todas, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 26 de Noviembre de 2008, Rec. Núm. 1988/2006.

¹² Por todas la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 4 de Octubre de 2.010 (Rec. Nº 383/2006): *"...necesario se hace acudir al análisis de los presupuestos conformadores de facto de la concesión de la licencia controvertida, llegándose a la conclusión, tras un somero análisis de ius aedificandi concedido, que no hay datos suficientes para iniciar el procedimiento de revisión de oficio por el procedimiento del artículo 102 LRJAP-PAC, pues no puede deducirse que las infracciones incurran en un supuesto de nulidad radical, por no apreciarse los vicios de nulidad alegados y, en caso de aceptarse las infracciones alegadas por la aquí apelante, constituirían infracciones del ordenamiento jurídico como causas de anulabilidad, pero no implican la carencia de los requisitos esenciales para la adquisición de facultades o derechos contenidos en la licencia, que tiene otra significación y alcance"*

¹³ Entre otros muchos, los dictámenes nº 433/2006, de 3 de Octubre (FJº II) y 6/2009, de 14 de Enero (FJº II).

¹⁴ Por ejemplo, en MESEGUÉ YEBRA, J. *La revisión de oficio de los actos administrativos nulos de pleno derecho*, Madrid, Bosh, 2000.

¹⁵ No siempre resulta sencillo valorar objetivamente un estado de cosas como aquel capaz de generar la confianza legítima del ciudadano, de ahí que las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea –donde ha florecido el principio de confianza legítima– aluda a la posibilidad de que un observador externo pueda reconocer y calibrar la dimensión objetivable de esas expectativas o esperanzas (vid, STJCE de 17 de Diciembre de 1992; asunto C-224/1992. Holtefker).

¹⁶ ATIENZA, M. y RUIZ, J. *Las piezas del Derecho*. Teoría de los enunciados jurídicos. Ariel, Barcelona, 2004 (2ª edición). Pág. 25 y 26.

6. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ATIENZA, M. y RUIZ, J. “Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos”. Barcelona: Ariel, 2004 (2ª edición). *Pág. 25 y 26.*
- COBO OLVERA, T. “El régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial”. Madrid: La Ley (grupo Wolters Kluwer), 2008 (3ª edición).
- GEIS i CARRERAS, G. “La ejecución de sentencias urbanísticas”. Barcelona: Atelier, 2013 (2ª edición).
- GUTIÉRREZ COLOMINA, V. y GUTIÉRREZ JULIÁN, F.J. “Comentario sobre el reglamento de disciplina Urbanística de Andalucía”. Málaga: Fundación Asesores Locales, 2011.
- MESEGUER YEBRA, J. “La revisión de oficio de los actos administrativos nulos de pleno derecho”, Madrid: Bosh, 2000.
- La revisión de los actos y disposiciones nulos de pleno derecho. Estudio de la doctrina legal del Consejo de Estado e instituciones consultivas autonómicas (2005-2010). Barcelona: Bosch, 2011.
- RIVERO YSERN, J.L. “Manual de Derecho Local”. Navarra: Aranzadi, 2003 (5ª edición).
- TORRES LÓPEZ, M.A. y ARANA GARCÍA, E. (coord.) “La disciplina urbanística en Andalucía”. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.



ACTUALIDAD JURIDICA: RECOPIACIÓN DE LEGISLACIÓN NACIONAL

BIENES

BIENES PATRIMONIALES: PATRIMONIO NACIONAL: REGLAMENTO: MODIFICACIÓN

Real Decreto 215/2014, de 28 de marzo, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas por el que se modifica el Reglamento de la Ley 23/1982, reguladora del Patrimonio Nacional, aprobado por el Real Decreto 496/1987, de 18 de marzo (BOE de 29 de marzo de 2014, número 77).

La modificación afecta únicamente a la estructura organizativa del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional.

CONSUMO

CONSUMO: CONSUMIDORES Y USUARIOS: LEY: MODIFICACIÓN

Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE de 28 de marzo de 2014, número 76).

La finalidad de la Ley es trasponer la Directiva 2011/83/UE.

La Ley redefine el concepto de usuario y el de empresario; refuerza la información a suministrar al consumidor y al usuario; redefine el contrato a distancia y regula los requisitos formales de estos contratos y de los celebrados fuera del establecimiento, ampliando el derecho del desistimiento en estos contratos.

Especial importancia tiene la regulación de los contratos telefónicos, en los que el empresario, si es éste quien llama al consumidor y usuario deberá revelar, al inicio de la conversación, su identidad y, si procede, la identidad de la persona por cuenta de la cual efectúa la llamada, así como indicar el objetivo comercial de la misma. Además,

deberá confirmar la oferta al consumidor y usuario por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera. El consumidor y usuario sólo quedará vinculado una vez que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito, en papel o mediante correo electrónico, fax o sms, y modifica, en consecuencia el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre

La Ley modifica la Ley 7/1996, de 15 de enero del Comercio Minorista.

Además modifica la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil a efectos de atribuir legitimación activa al Ministerio Fiscal para ejercitar cualquier acción en defensa de intereses difusos y colectivos de consumidores y usuarios.

CORPORACIONES LOCALES

CARGOS PÚBLICOS ELECTIVOS LOCALES: RETRIBUCIONES MÁXIMAS

Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas (BOE de 25 de enero de 2014, número 22).

En lo que al régimen local interesa, el Real Decreto-ley modifica la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, en el sentido de incorporar una nueva disposición adicional, la nonagésima, que establece el límite máximo total que pueden percibir los miembros de las Corporaciones Locales por todos los conceptos retributivos y asistencias.

ELECCIONES

ELECCIONES AL PARLAMENTO EUROPEO: NORMAS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO

Real Decreto 100/2014, de 21 de febrero de 2014, del Ministerio del Interior, por el que se establecen determinadas disposiciones sobre el ejercicio del derecho de sufragio pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo (BOE de 22 de febrero de 2014, número 46).

EMPLEO

EMPLEO: MEDIDAS URGENTES

Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida (BOE de 1 de marzo de 2014, número 52).

Convalidación, BOE de 21 de marzo de 2014, número 69.

El Real Decreto-ley aprueba una reducción de las cotizaciones empresariales por contingencias comunes a la Seguridad Social para todas aquellas empresas que formalicen contratos indefinidos de trabajo, siendo la cuota empresarial a ingresar por contingencias comunes de 100 euros mensuales, en los supuestos de contratos celebrados a tiempo completo, siendo de 75 ó 50 euros mensuales en los contratos a tiempo parcial en función de la jornada de trabajo que se realice. La medida afecta a toda clase de empresas para aquellos contratos que se celebren entre el 25 de febrero de 2014 y el 31 de diciembre de 2014, siempre que suponga creación de empleo neto.

ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y SOSTENIBILIDAD FINANCIERA: PREVISIONES TENDENCIALES: CÁLCULO

Orden ECC/493/2014, de 27 de marzo, del Ministerio de Economía y Competitividad por la que se modifica la Orden ECC/2741/2012, de 20 de diciembre, de desarrollo metodológico de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera sobre el cálculo de las previsiones tendenciales de ingresos y gastos y de la tasa de referencia de la economía española (BOE de 29 de marzo de 2014, número 77).

FACTURAS ELECTRÓNICAS

FACTURAS ELECTRÓNICAS: REGISTRO CONTABLE: REQUISITOS

Orden HAP/492/2014, de 27 de marzo, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas por la que se regulan los requisitos funcionales y técnicos del registro contable de facturas de las entidades del ámbito de aplicación de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público (BOE de 29 de marzo de 2014, número 77).

La Orden es de aplicación al sector público local.

HACIENDAS LOCALES

HACIENDAS LOCALES: REMANENTE DE AYUDAS DEL FEDER 2007-2013: REPARTO

Resolución de 27 de enero de 2014, de la Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, por la que se reparten los remanentes producidos hasta el 21 de enero de 2014, según lo dispuesto por la Resolución de 14 de junio de 2013, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueban los criterios de reparto de los remanentes de ayudas del Fondo Europeo de Desarrollo Regional para proyectos de desarrollo local y urbano, correspondiente al período de intervención 2007-2013 (BOE de 15 de febrero de 2014, número 40).

Corrección de errores, BOE de 5 de marzo de 2014, número 55.

HACIENDAS LOCALES: PAGOS A PROVEEDORES: TIPO DE INTERÉS CON VENCIMIENTO A 30 DE NOVIEMBRE DE 2014, 31 DE MAYO DE 2015, 30 DE NOVIEMBRE DE 2015, 31 DE MAYO DE 2016, 30 DE NOVIEMBRE DE 2016 Y 31 DE MAYO DE 2017

Resolución de 26 de febrero de 2014, del Fondo para la Financiación de los Pagos a Proveedores del Ministerio de Economía y Competitividad, por la que se fija el tipo de interés que devengarán los Bonos del Fondo para la Financiación de los Pagos a Proveedores a tipo de interés variable, vencimiento el 30 de noviembre de 2014, el 31 de mayo de 2015, el 30 de noviembre de 2015, el 31 de mayo de 2016, el 30 de noviembre de 2016 y el 31 de mayo de 2017, durante el próximo periodo de interés (BOE de 28 de febrero de 2014, número 51).

HACIENDAS LOCALES: PAGOS A PROVEEDORES: TIPO DE INTERÉS CON VENCIMIENTO A 30 DE NOVIEMBRE DE 2015, 31 DE MAYO DE 2016, 30 DE NOVIEMBRE DE 2016, 31 DE MAYO DE 2017, 30 DE NOVIEMBRE DE 2017 Y 31 DE MAYO DE 2018

Resolución de 26 de febrero de 2014, del Fondo para la Financiación de los Pagos a Proveedores del Ministerio de Economía y Competitividad, por la que se fija el tipo de interés que devengarán los Bonos del Fondo para la Financiación de los Pagos a Proveedores a tipo de interés variable, vencimiento el 30 de noviembre de 2015, el 31 de mayo de 2016, el 30 de noviembre de 2016, el 31 de mayo de 2017, el 30 de noviembre de 2017 y el 31 de mayo de 2018, durante el próximo periodo de interés (BOE de 28 de febrero de 2014, número 51).

HACIENDAS LOCALES: INFORMACIÓN TRIBUTARIA

Resolución de 21 de febrero de 2014, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, por la que se desarrolla la información a suministrar por las corporaciones locales relativa al esfuerzo fiscal y su comprobación en las Delegaciones de Economía y Hacienda (BOE de 4 de marzo de 2014, número 54).

HACIENDAS LOCALES: AUDITORÍA DEL SECTOR PÚBLICO: NORMAS

Resolución de 18 de febrero de 2014, de la Intervención General de la Administración del Estado del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre el proceso de adaptación de las Normas de Auditoría del Sector Público a las Normas Internacionales de Auditoría (BOE de 10 de marzo de 2014, número 59).

HACIENDAS LOCALES: PRESUPUESTOS: ESTRUCTURA

Orden HAP/419/2014, de 14 de marzo del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, por la que se modifica la Orden EHA/3565/2008, de 3 de diciembre, por la que se aprueba la estructura de los presupuestos de las entidades locales (BOE de 19 de marzo de 2014, número 67).

La Orden modifica los principios básicos de la clasificación por programas, redefine la composición de la aplicación presupuestaria, e incluye como concepto presupuestario independiente el Fondo de Contingencia, que podrá ser utilizado por cualquier Entidad local, de forma homogénea con el Estado.

HACIENDAS LOCALES: INFORMACIÓN CATASTRAL

Resolución de 12 de marzo de 2014, de la Dirección General del Catastro del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, por la que se aprueba la forma de remisión y la estructura, contenido y formato informático del fichero del padrón catastral y demás ficheros de intercambio de la información necesaria para la gestión del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (BOE de 21 de marzo de 2014, número 69).

PERSONAL

TRABAJADORES: COTIZACIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL

Orden ESS/106/2014, de 31 de enero, del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (BOE de 1 de febrero de 2014, número 28).

EMPLEADOS: TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL Y MEDIDAS COLECTIVAS QUE AFECTEN A LOS MISMOS: MODIFICACIÓN COLECTIVA

Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (BOE de 1 de marzo de 2014, número 52).

En lo que a nosotros interesa, la Ley introduce determinadas modificaciones al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en materia de protección social del trabajo a tiempo parcial.

Asimismo modifica distintos preceptos del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que regulan la comisión negociadora y los sujetos legitimados para actuar, en representación de los trabajadores, como interlocutores ante la dirección de la empresa durante el periodo de consultas que deberá tener lugar con carácter previo a la adopción, entre otras, de medidas colectivas de modificación sustancial de condiciones de trabajo, así como en los procedimientos de suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, de despido colectivo y de inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos, destacando que la comisión negociadora debe quedar constituida antes del inicio del periodo de consultas, previéndose expresamente que la falta de constitución de tal comisión no impide la apertura ni el transcurso del periodo de consultas.

También se modifica el contenido de la información que debe facilitar la empresa en el supuesto de despido colectivo. La Ley aclara las causas de nulidad del

despido colectivo, y las sentencias que declaren nulo un despido de esta naturaleza son directamente ejecutables sin necesidad de solicitud individual de aplicación.

FUNCIONARIOS CON HABILITACIÓN NACIONAL: CLASIFICACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

Resolución de 3 de marzo de 2014, de la Dirección General de la Función Pública del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, por la que se dispone la publicación conjunta de las clasificaciones de puestos de trabajo reservados a funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional (BOE de 19 de marzo de 2014, número 67).

SOCIEDADES

SOCIEDADES: CUENTAS ANUALES CONSOLIDADAS: MODELO

Resolución de 28 de enero de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia, por la que modifica el modelo establecido en la Orden JUS/1698/2011, de 13 de junio, por la que se aprueba el modelo para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales consolidadas, y se da publicidad a las traducciones de las lenguas cooficiales propias de cada Comunidad Autónoma (BOE de 6 de febrero de 2014, número 32).

SOCIEDADES: CUENTAS ANUALES: MODELO

Resolución de 28 de enero de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia, por la que se modifican los modelos establecidos en la Orden JUS/206/2009, de 28 de enero, por la que se aprueban nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación, y se da publicidad a las traducciones de las lenguas cooficiales propias de cada Comunidad Autónoma (BOE de 6 de febrero de 2014, número 32).

TRANSPORTES

TRANSPORTE PÚBLICO: VEHÍCULOS SANITARIOS: CARACTERÍSTICAS, EQUIPAMIENTO Y DOTACIÓN DE PERSONAL

Real Decreto 22/2014, de 17 de enero, del Ministerio de la Presidencia, por el que se modifica el Real Decreto 836/2012, de 25 de mayo, por el que se establecen las características técnicas, el equipamiento sanitario y la dotación de personal de los vehículos de transporte sanitario por carretera (BOE de 25 de enero de 2014, número 22).

TRANSPORTE: MERCANCÍAS PELIGROSAS

Real Decreto 97/2014, de 14 de febrero de 2014, del Ministerio de la Presidencia por la que se regulan las operaciones de transporte de mercancías peligrosas por carretera en territorio español (BOE de 27 de febrero de 2014, número 50).



RECOPIACIÓN DE LEGISLACIÓN DE ANDALUCÍA

AGUAS

AGUAS: PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA: CONSULTA PÚBLICA

Resolución de 15 de enero de 2014, de la Dirección General de Planificación y Gestión del Dominio Público Hidráulico, por la que se anuncia la apertura del período de consulta pública del Esquema Provisional de Temas Importante del proceso de revisión de la planificación hidrológica de las Demarcaciones de las cuencas internas de Andalucía (BOJA de 14 de febrero de 2014, número 31).

CAZA

CAZA: VEDAS Y PERÍODOS DE CAZA

Orden de 15 de enero de 2014, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se modifica la Orden de 3 de junio de 2011, por la que se fijan las vedas y períodos hábiles de caza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA de 17 de enero de 2014, número 11).

CONSTRUCCIÓN

CONSTRUCCIÓN SOSTENINBLE: INCENTIVOS

Decreto-ley 1/2014, de 18 de marzo, de la Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, por el que se regula el Programa de Impulso a la Construcción Sostenible en Andalucía y se efectúa la convocatoria de incentivos para 2014 y 2015 (BOJA de 26 de marzo de 2014, número 58).

El Decreto-ley excluye a los entes locales de ser considerados beneficiarios de los incentivos.

DEPENDENCIA

DEPENDENCIA: FINANCIACIÓN ENTES LOCALES

Acuerdo de 14 de enero de 2014, del Consejo de Gobierno, por el que se distribuyen créditos entre Ayuntamientos de municipios con población superior a 20.000 habitantes y Diputaciones Provinciales al objeto de financiar la contratación de personal para la atención a las personas en situación de dependencia (BOJA de 16 de enero de 2014, número 10).

FERIAS

FERIAS COMERCIALES DE ANDALUCÍA: CALENDARIO PARA 2014

Orden de 12 de diciembre de 2013, de la Consejería de Turismo y Comercio, por la que se otorga el reconocimiento de la condición de oficio a las Ferias Comerciales de Andalucía y se aprueba el calendario para el año 2014 (BOJA de 8 de enero de 2014, número 4).

Corrección de erratas, BOJA de 19 de enero de 2014, número 6,

MEDIO AMBIENTE

MEDIO AMBIENTE: AIRE: CALIDAD: PLANES

Decreto 231/2013, de 3 de diciembre, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por el que se aprueban planes de mejora de la calidad del aire en determinadas zonas de Andalucía (BOJA de 10 de marzo de 2014, número 46).

MEDIO AMBIENTE: CONTAMINACIÓN LUMÍNICA: NODIFICACIÓN LEGISLATIVA

Decreto 75/2014, de 11 de marzo, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por el que se modifica el Decreto 357/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la protección de la calidad del cielo nocturno

frente a la contaminación lumínica y el establecimiento de medidas de ahorro y eficiencia energética (BOJA de 26 de marzo de 2014, número 58).

La modificación normativa amplía el plazo máximo de tres años que el Decreto 357/2010 imponía a los titulares de todas las instalaciones de alumbrado exterior para eliminar las luminarias que emitan un flujo hemisférico superior mayor del 25 por 100 del flujo total emitido por la luminaria, a diez años.

MEMORIA HISTÓRICA

MEMORIA HISTÓRICA: LUGARES

Acuerdo de 27 de diciembre de 2013, del Consejo de Gobierno, por el que se declaran treinta y cuatro Lugares de Memoria Histórica de Andalucía (BOJA de 7 de febrero de 2014, número 26).

MOVILIDAD

MOVILIDAD: BICICLETA: PLAN ANDALUZ

Decreto 9/2014, de 21 de enero de 2014, de la Consejería de Fomento y Vivienda, por el que se aprueba el Plan Andaluz de la Bicicleta 2014-2020 (BOJA de 25 de febrero de 2014, número 38).

El plan establece una serie de criterios, objetivos y medidas para cuatro grandes bloques temáticos relacionados con la infraestructura para la promoción del uso de la bicicleta. El primero estructura la red ciclista de Andalucía; el segundo se refiere a las redes para los ámbitos metropolitanos; el tercero; el tercero tienen como destinatarios las ciudades andaluzas de más de 20.000 habitantes; y el quinto hace referencia a una serie de programas sectoriales.

PROTECCIÓN CIVIL

PROTECCIÓN CIVIL: ESPA: PLAN ANUAL

Resolución de 17 de enero de 2014, de la Dirección General de Interior, Emergencias y Protección Civil DE LA Consejería De Justicia e Interior, por la que se publica el Catálogo del Plan Anual de Formación de la Escuela de Seguridad Pública de Andalucía (ESPA) para el curso académico 2014 (BOJA de 27 de enero de 2014, número 17).

TURISMO

ESTABLECIMIENTOS HOTELEROS Y APARTAMENTOS TURÍSTICOS: MODIFICACIÓN NORMATIVA

Orden de 16 de diciembre de 2013, de la Consejería de Turismo y Comercio, por la que se modifican varios anexos del Decreto 47/2004, de 10 de febrero, de establecimientos hoteleros y del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos (BOJA de 2 de enero de 2014, número 1).

OFICINAS DE TURISMO Y PUNTOS DE INFORMACIÓN TURÍSTICA: DISTINTIVOS

Orden de 23 de diciembre de 2013, de la Consejería de Turismo y Comercio, por la que se aprueban los distintivos de las oficinas de turismo y los puntos de información turística de Andalucía (BOJA de 8 de enero de 2014, número 4).

TURISMO Y COMERCIO: ZONAS DE GRAN AFLUENCIA TURÍSTICA: DECLARACIÓN: CRITERIOS Y PROCEDIMIENTO

Decreto 2/2004 de 14 de enero, de la Consejería de Turismo y Comercio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para la declaración de zonas de gran afluencia turística, a efectos de horarios comerciales (BOJA de 30 de enero de 2014, número 20).

Para poder declarar en un municipio una o varias zonas de gran afluencia turística, ha de cumplir la zona alguna de los siguientes criterios:

- a) Presentar una concentración suficiente de plazas en establecimientos turísticos o en el número de segundas residencias.
- b) Haber sido declarada Patrimonio de la Humanidad.
- c) Limitar o constituir áreas de influencia de zonas fronterizas con otro Estado.
- d) Albergar la celebración de un gran evento cultural o deportivo.
- e) Encontrarse en la proximidad de áreas portuarias en las que operen cruceros turísticos.
- f) Constituir zona de atractivo para el turismo de comparas.
- g) Concurrir circunstancias especiales que así lo justifiquen.

El procedimiento se iniciará a solicitud del Ayuntamiento correspondiente, a la que se acompañarán informes de las organizaciones más representativas del sector empresarial, de las personas trabajadoras y de los consumidores y consumidoras y de la Delegación Territorial de la Junta de Andalucía competente, y será sometido a dictamen del órgano asesor de la Consejería con competencia en materia de comercio interior, el Consejo Andaluz de Comercio.

Los municipios que a la entrada en vigor del Decreto tengan concedida la declaración de zona de gran afluencia turística mantendrán dicha declaración hasta que finalice su vigencia siempre que se mantengan las circunstancias que motivaron la declaración.

Finalmente, la Orden deroga expresamente, la de 24 de julio de 1996, por la que se regula el procedimiento para la determinación de las zonas que tengan la condición de gran afluencia turística, a efectos de horarios comerciales, y la Orden de 24 de marzo de 1999, por la que se modifica el anexo que acompaña la de 24 de julio de 1996.

CONSEJERÍA DE TURISMO Y COMERCIO: ESTRUCTURA ORGÁNICA

Decreto 30/2014, de 4 de febrero, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Turismo y Comercio (BOJA de 12 de febrero de 2014, número 29).

URBANISMO

URBANISMO: CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO: COMPETENCIAS

Decreto 36/2014, de 11 de febrero de 2014, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por el que se regula el ejercicio de las competencias de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo (BOJA de 20 de febrero de 2014, número 35).

Corrección de errores, Boja de 5 de marzo de 2014, número 43.

ACTUALIDAD JURÍDICA: RECOPIACIÓN DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

CONCEPTO DE AUTORIDAD PÚBLICA Y DE EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS POR PARTICULARES POR DELEGACIÓN DE AQUELLA A EFECTOS DE SUMINISTRAR LA INFORMACIÓN MEDIAMBIENTAL DE SUS ACTIVIDADES A PARTICULARES EN CUMPLIMIENTO DE LA DIRECTIVA 2003/4/CE. EMPRESAS CONCESIONARIAS MUNICIPALES. APLICACIÓN

Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2013

Asunto: C – 279/12

Ponente: A. Prechal

En el País de Gales (Reino Unido) fue privatizado el servicio de suministro y depuración de agua, haciéndose cargo del mismo dos tipos de empresas distintas, siendo una de ellas, la que aquí nos interesa sociedades mercantiles cuyo objeto es el suministro y depuración de agua, y la cuestión planteada es la de si dichas sociedades se consideran autoridades públicas al objeto de suministrar información a particulares sobre estas cuestiones, pues si fueran autoridades públicas tendrían que suministrarla, de acuerdo con la Directiva 2003/4/CE, información que, inicialmente fue denegada.

El TJCE declara (como cuestión prejudicial, pues así fue planteada la cuestión por el juez inglés que debía de resolver si se debía suministrar la información) que al tratarse de una empresa que gestiona un servicio público relacionado con el medio ambiente, como es la depuración del agua, y su vinculación con una Administración que en cuanto que tal servicio es público y esencial, la misma ha de ser incardinada en el supuesto 2 c de la Directiva, esto es, se trata de persona física o jurídica que presta servicios públicos relacionados con el medio ambiente, bajo cualquier Administración Pública, y por lo tanto, la empresa ha de suministrar la información medioambiental referida a la depuración que le demanda el ciudadano aunque ceñida únicamente a aquellas actividades que desarrolle la mercantil relacionadas con los servicios públicos medioambientales.

Por tanto, y en aplicación de esta doctrina, cuando en España se utilice la empresa municipal para prestar el servicio de suministro de agua, depuración y / o

alcantarillado se ha de suministrar toda la información porque de acuerdo con el artículo 2 a de la Directiva se trata de una Administración Pública, y cuando el servicio se preste contractualmente a través de concesionario o de empresa mixta, ésta viene obligada a suministrar toda la información medioambiental que le sea demandada por los ciudadanos, en los términos de la Directiva, relacionados exclusivamente con estos servicios.



TRIBUNAL SUPREMO

FALSEDAD EN DOCUMENTO PÚBLICO. CERTIFICACIONES FALSAS FORMALMENTE PERO NO MATERIALMENTE POR HABERSE REALIZADO REALMENTE LAS OBRAS AMPARADAS EN LAS CERTIFICACIONES. ABSOLUCIÓN DEL CONCEJAL DE URBANISMO Y DE LOS GERENTES DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS. FALTA DEL REQUISITO DE LA ANTIJURUCIDAD MATERIAL

Sentencia número 911/2013 de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 3 de diciembre

Recurso de Casación: 423/2013

Ponente: Francisco Monterde Ferrer

El Ayuntamiento de Torremolinos interpone recurso de casación contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga que absolvió al Concejal de Urbanismo e Infraestructura y al gerente de una empresa contratista como autores de un delito de falsedad en documento oficial.

Los hechos declarados probados y resumidos en la sentencia del TS son los siguientes. La entidad EMIN de la cual era administrador el acusado Rubén, realizó para el Ayuntamiento de Torremolinos unas obras de encauzamiento y otras obras de pavimentación y ajardinamiento; que para cobrar las primeras, que no estaban presupuestadas porque su necesidad no se había detectado, y se consideraron urgentes, siguiendo las instrucciones del Concejal de Urbanismo e Infraestructuras, también acusado, el ingeniero de la empresa ADICSA, Jose Ángel, asimismo acusado, con el conforme de EMIN, expidió dos certificaciones relativas a las obras que en un principio habían sido adjudicadas, Reparación de Muros en Arroyo del Saltillo y Pavimentación y ajardinamiento en zona Limosol; y para cobrar las segundas obras, también con el concierto del Concejal, EMIN confeccionó un proyecto de Obras complementarias en zona Limosol y, en primer lugar presentó la petición en el Ayuntamiento, y en segundo lugar, al no ser atendida la misma, formuló recurso contencioso-administrativo que fue estimado por la Audiencia y en vía casacional.

El Tribunal de instancia manifiesta que el contenido de la certificación referente a la Reparación de Muros no responde a la realidad, pero que su emisión no puede considerarse una acción típica penal por falta de dolo falsario, ya que fue para cobrar unas obras realizadas, que se ejecutaron por razones de urgencia y con conocimiento del

Concejal; y que incluso éste inició los trámites para tratar de legalizar el pago. Respecto a la certificación sobre Pavimentación y ajardinamiento se dice que es un hecho indiscutido que las obras se ejecutaron y que el tema de la correspondencia entre lo certificado y lo probado no es una cuestión que deba determinarse en sede penal. Y respecto a las certificaciones sobre las Obras complementarias, el Tribunal indica que en el recurso contencioso-administrativo presentado por EMIN, para instar el abono de las obras, se alude a los hechos tal y como acontecieron, no expresando falsedad alguna; y que las pruebas periciales practicadas en el proceso penal, no han servido para desacreditar lo resuelto en la jurisdicción contencioso-administrativa.

El delito de falsedad documental requiere la concurrencia de los requisitos siguientes: a) un elemento objetivo o material (consistente en la mutación de la verdad por medio de alguna de las conductas tipificadas en la norma penal); b) que dicha "mutatio veritatis" afecte a elementos esenciales del documento y tenga suficiente entidad para afectar a la normal eficacia del mismo en las relaciones jurídicas (de ahí que para parte de la doctrina no pueda apreciarse la existencia de falsedad documental cuando la finalidad perseguida por el agente sea inocua o carezca de toda potencialidad lesiva); c) un elemento subjetivo (consistente en la concurrencia de un dolo falsario, esto es, la concurrencia de la conciencia y voluntad de alterar la realidad); y d) la concurrencia de la antijuridicidad material, de tal modo que, para la existencia de la falsedad documental, no basta una conducta objetivamente típica, sino que es preciso también que la "mutatio veritatis", en que materialmente consiste todo tipo de falsedad documental, varíe la esencia, la sustancia o la genuinidad del hecho al que se refiere en sus extremos esenciales, por cuanto constituye presupuesto necesario de este tipo de delitos el daño en la vida del derecho a la que está destinado el documento, con cambio cierto de la eficacia que el mismo estaba llamado a cumplir en el tráfico jurídico.

Y merece resaltarse que, respecto al último aspecto, la doctrina y la jurisprudencia han venido entendiendo que no es suficiente para apreciar los delitos de falsedad con que concurren los elementos integrantes del tipo, sino que se requiere, además, que la acción merezca al ser contemplada desde una perspectiva material la consideración de antijurídica. Ello significa que deben quedar fuera del marco punitivo aquellos actos falsarios que no menoscaben el bien jurídico que tutela la norma penal.

Este Tribunal de Casación ha establecido en reiteradas resoluciones que la incriminación de las conductas falsarias encuentra su razón de ser en la necesidad de proteger la fe pública y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil y mercantil elementos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas. Asimismo se ha hecho especial hincapié en que no es suficiente con la mera "falsedad formal", sino que se requiere una

"especial antijuricidad material" que implique, al menos, peligro para los bienes jurídicos subyacentes al documento amparado por la fe pública. Tanto el carácter esencial del elemento sobre el que debe recaer la falsedad, como el especial contenido material de la ilicitud se deben deducir del objeto de protección de los delitos de falsedad documental.

Por otra parte, el delito de fraude a la Administración exige un concierto para "defraudar" entre funcionario y particular.

En el caso enjuiciado se declara probado que una de las certificaciones emitidas por los acusados, la referente a la Reparación de Muros, no respondía a la realidad, y que fue emitida con conocimiento de esa circunstancia, pero esa falsedad formal no fue realizada para alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas. El destinatario de la certificación era el Ayuntamiento de Torremolinos, y la certificación se emitió siguiendo las instrucciones de un Concejal del consistorio con la finalidad de que fueran abonadas unas obras efectivamente ejecutadas. Por lo tanto, los acusados en ningún momento tuvieron intención de perjudicar a la entidad a la que se presentaba el documento. No se trata de que no existiera ánimo de lucro, cuya concurrencia no es necesaria para la tipificación del delito de falsedad, sino que la intención no era ocasionar ningún perjuicio al Ayuntamiento, ya que la alteración de la verdad era conocida, e incluso promovida, por esa entidad. Y la obligación de realizar el pago por el Ayuntamiento era cierta.

Es de destacar que la acusación particular en un primer momento formuló acusación contra el Concejal que intervino en los hechos, aunque luego la retiró ante la enfermedad que éste sufría, según se indica en la sentencia. Pero como se declara en la sentencia, la intención del Concejal no fue perjudicar al Organismo público, ni realizó su actuación de forma subrepticia, sino que inició los trámites para tratar de legalizar los pagos presentando un escrito ante la Delegación de Hacienda del Ayuntamiento. Por lo tanto, si bien se indica que no consta que la citada Delegación contestara a la solicitud, el problema documental existente en orden a la realización de unos pagos por unos trabajos realmente ejecutados, debería de situarse, como en la sentencia recurrida se dice, en el campo del derecho administrativo, cuyo procedimiento no fue respetado, pero no en el campo del derecho penal.

En consecuencia, estimando que en la actuación de los acusados no ha concurrido el elemento de la antijuricidad material necesario para la tipificación del delito de falsedad, y que tampoco ha existido intención de defraudar los intereses municipales, máxime cuando el propio Ayuntamiento, única parte acusadora, ha retirado la acusación que había formulado contra el Concejal implicado en los hechos,

se considera que la decisión del Tribunal a quo absolviendo por esos delitos ha sido ajustada a derecho.

**APROBACIÓN DE UN PLAN DE URBANISMO QUE CONDICIONA SU
PUBLICACIÓN AL CUMPLIMIENTO DE DETERMINADOS REQUISITOS:
NATURALEZA. INFORMES VINCULANTES Y DETERMINANTES:
NATURALEZA Y DISTINCIÓN DE CADA UNO DE ELLOS**

*Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal
Supremo de 19 de diciembre de 2013*

Recurso de Casación: 265/2011

Ponente: Mariano de Oro-Pulido López

El Tribunal Supremo declara en esta Sentencia que la publicación de la aprobación de un instrumento de planeamiento es condición de eficacia pero no de validez del mismo, como viene declarando la Sala, de modo uniforme.

Se trata, por tanto, de categorías jurídicas muy diferentes, porque el acuerdo de aprobación puede ser válido pero puede no ser todavía eficaz si le falta la publicación, y la falta de ésta no comporta su invalidez, sino la imposibilidad de su ejecución, que es un efecto bien distinto. La falta de publicación del plan, por tanto, impide que la Administración imponga sus determinaciones mediante actos de ejecución a los ciudadanos, que podrán impugnar el acto de aplicación basándose precisamente en la falta de publicación del plan, pero no acarrea su invalidez, pues el juicio sobre esta tiene lugar por las causas previstas en el artículo 62 y 63 de la Ley 30/1992.

La falta de publicación de la aprobación del plan o de sus determinaciones no convierte, en definitiva, a un acto definitivo en un acto de trámite, sino que supone que estamos ante un acto o disposición válida pero ineficaz.

En cuanto a los informes determinantes y su naturaleza y distinción de los demás vinculantes, la Sentencia declara que, respecto del carácter "determinante", que no formal y explícitamente vinculante, del informe al que se refiere el artículo 15.3 del texto refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, hemos de decir: 1º) que partiendo de la base de que determinar es "fijar los términos de algo", si el legislador atribuye a un informe el carácter de determinante, es porque le quiere atribuir un valor reforzado. En palabras de la sentencia de esta Sala y Sección de 8 de marzo de 2010 (recurso de casación nº 771/2006), se trata de informes "

necesarios para que el órgano que ha de resolver se forme criterio acerca de las cuestiones a dilucidar. Precisamente por tratarse de informes que revisten una singular relevancia en cuanto a la configuración del contenido de la decisión, es exigible que el órgano competente para resolver esmere la motivación en caso de que su decisión se aparte de lo indicado en aquellos informes”. Desde esta perspectiva, por mucho que estos informes no puedan caracterizarse como vinculantes desde un plano formal, sí que se aproximan a ese carácter desde el plano material o sustantivo; y 2º) más aún, la posibilidad de apartarse motivadamente de esos informes no es absoluta ni incondicionada, sino que ha de moverse dentro de los límites marcados por el ámbito de competencia de la Autoridad que resuelve el expediente en cuyo seno ese informe estatal se ha evacuado. Esto es, que un hipotético apartamiento del informe sobre suficiencia de recursos hídricos sólo puede sustentarse en consideraciones propias del legítimo ámbito de actuación y competencia del órgano decisor (autonómico en este caso) y no puede basarse en consideraciones que excedan de ese ámbito e invadan lo que sólo a la Administración del Estado y los órganos que en ella se insertan corresponde valorar, pues no está en manos de las Comunidades Autónomas disponer de la competencia exclusiva estatal. Por eso, el informe estatal sobre suficiencia de recursos hídricos, en cuanto se basa en valoraciones que se mueven en el ámbito de la competencia exclusiva estatal, es, sin ambages, vinculante.

TENIENTE DE ALCALDE QUE CONTRATA DE MONITORA A UNA PERSONA A LA QUE ESTÁ VINCULADA POR UNA RELACIÓN AFECTIVA SIN SEGUIR PROCEDIMIENTO ALGUNO. DELITO DE PREVARICACIÓN Y DE MALVERSACIÓN. NO ES ÓBICE PARA LA APRECIACIÓN DE LA CONDUCTA DELICTIVA QUE TAL PRÁCTICA LA HUBIESE COMETIDO ASIMISMO EL ALCALDE DENUNCIANTE. ELEMENTOS DEL DELITO DE PREVARICACIÓN

Sentencia de la Sección 1ª Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2014

Recurso de casación: 125/2013

Ponente: Luciano Varela Castro

Los hechos que examina el Tribunal Supremo son los siguientes. El Juzgado de Instrucción nº 1 de San Sebastián de La Gomera instruyó Procedimiento, contra Juan, Primer Teniente de Alcalde y Andrea, por delitos de prevaricación, malversación de caudales públicos y tráfico de influencias, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia

Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que con fecha 7 de diciembre de 2012, dictó sentencia que declaró probado que *Juan, prevaliéndose de su condición de Primer Teniente de Alcalde y Concejal de Hacienda, Personal y Planificación del Ayuntamiento de Valle Gran Rey (La Gomera), y con plena consciencia de su ilegalidad, y en virtud de sus lazos personales, formalizó contrato por obra o servicio de duración determinada y a jornada completa (37,5 horas semanales, prestadas de lunes a viernes) extendiéndose su duración desde el 14 de enero de 2008 hasta el 3 de julio de 2008 como monitora de ludoteca con la también acusada Andrea. El citado contrato se realizó sin observarse las formalidades legales establecidas, conculcándose los principios de inmediación, igualdad y publicidad y por orden directa del acusado. De la existencia del citado contrato el acusado Juan no dio conocimiento a los departamentos consistoriales encargados de su fiscalización, ni tampoco remitía para su intervención y contabilización las nóminas del personal del ayuntamiento correspondientes a los primeros meses de 2008, quedándose las mismas en su Concejalía. Tales cantidades fueron abonadas a la acusada Andrea mediante transferencia en su cuenta corriente y todo ello a pesar de que el servicio de ludoteca era inexistente en los meses a los que se refiere el citado contrato, ya que el mismo únicamente se proporciona en períodos de vacaciones escolares (meses de julio y agosto y Navidad), por lo que la acusada percibió los correspondientes salarios sin desarrollar actividad laboral alguna, siendo plenamente conocedora de tal situación, y falló condenando al acusado Juan como autor criminalmente responsable de un delito de prevaricación, previsto y penado en el art. 404 del CP, en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos previsto y penado en los arts. 432.1 y 74 del CP, y absolvió a la acusada Andrea del delito de tráfico de influencias.*

El condenado alega que su modo de operar tenía abundantes precedentes en anteriores y coetáneos comportamientos del Alcalde denunciante, y el Tribunal Supremo declara que esta cuestión resulta intrascendente a los efectos de calificar la conducta del acusado. En lo objetivo porque una ilicitud no se legitima por su frecuencia estadística. En lo subjetivo porque, como el propio recurso pone de manifiesto "dicha forma de contratación fue el principal instrumento de clientelismo político del alcalde", funcionalidad que no podía ser desconocida por su evidencia para quien ostentaba cargos de representación política en el Ayuntamiento, y más si a ello añadía responsabilidades de gobierno en la Corporación, como es el caso del acusado.

Resalta al respecto la ausencia de cualquier advertencia técnica o jurídica de posible ilegalidad, reiterando el argumento de la habitualidad del procedimiento seguido para la contratación de manera inveterada y generalizada como idéntico al por él asumido.

El Tribunal Supremo describe los elementos del delito de prevaricación en Sentencia de 4 de febrero de 2010, resolviendo el recurso 2528/2008, al decir: *Será necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico- jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.*

Como recordábamos en dicha sentencia: Conviene resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido, ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen normalmente la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre). Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones.

Y, si bien no toda prescindencia de procedimiento aboca al tipo penal, la misma tendrá relevancia penal si de esa forma lo que se procura es eliminar los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales (STS nº 331/2003, de 5 de marzo).

Y en el caso que nos ocupa, la sentencia de instancia proclama, y el motivo no cuestiona, que la contratación se hizo al uso, sin atender en absoluto al procedimiento legal, sino al meramente usual, que se reconoce funcional al puro *clientelismo político*, lo que términos penales significa antijuridicidad por anteposición de espurios intereses particulares al general, al que debe servir quien desempeña funciones públicas.

Lo abrupto del comportamiento, desde la perspectiva de más elemental sentido jurídico, no solamente hace ostensible hasta la saciedad la arbitrariedad, sino evidente la consciencia de la misma. De tal suerte que la supuesta generalización del uso, si se acreditase, no solamente no desvirtúa tal conclusión, sino que lo único que aporta es un

censo de delincuencia mayor que el que dio lugar a este proceso. Del que, por otra parte, quien disponga de los datos necesarios, y más si es funcionario, puede/debe acudir al cauce procesal disponible a todo ciudadano al respecto.

**PERSONAL. PROLONGACIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL
DESPUÉS DE CUMPLIDOS LOS 65 AÑOS DE EDAD Y HASTA LOS
SETENTA. DENEGACIÓN VÁLIDA EN APLICACIÓN DEL PLAN DE
ORDENACIÓN DE RECURSOS HUMANOS. INEXISTENCIA DE UN
DERECHO SUBJETIVO A LA PERMANENCIA EN EL SERVICIO ACTIVO
CUMPLIDOS LOS 65 AÑOS**

*Sentencia de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal
Supremo de 31 de enero de 2014*

Recurso de Casación: 4487/2012

Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

Se impugna en la presente casación la sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de diecisiete de octubre de dos mil doce, que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el doctor don Germán, contra la resolución de 15 de junio de 2009 que le denegó su solicitud de permanencia en el servicio activo y le declaró en situación administrativa de jubilación forzosa con fundamento en lo dispuesto en la Resolución TRE/2960/2008, de 2 de septiembre por la que se inscribe y publica la propuesta de modificación del Plan de ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de la Salud.

El Instituto Catalán de la Salud invoca la vulneración por la sentencia impugnada del artículo 103.1 de la Constitución, en relación con los artículos 12 , 13 y 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, que atribuyen a éstos la potestad organizativa y de planificación de los recursos humanos, así como de la jurisprudencia de esta Sala contenida en las sentencias de 24 de octubre y 7 de noviembre de 2012, que consideran que concurre en el PORH de 2008 motivación suficiente en relación con la jubilación forzosa a los 65 años del personal estatutario.

En las referidas sentencias, estimamos el citado motivo, y con él el recurso de casación al entender fundada la vulneración del artículo 26.2 de la Ley 55/2003 allí denunciada, en base a los siguientes razonamientos:

« (...) La sentencia recurrida, como resulta de todo lo que sobre ella antes se ha reseñado, incurre en esa exageración que desautoriza el razonamiento que acaba de transcribirse, pues también en ella la necesidad de justificación de la autorización o denegación de la prolongación de la permanencia en el servicio activo resulta convertida en exigencia rigurosa trasladable al Plan en términos absolutos.

Lo primero que ha de afirmarse es que una interpretación conjunta de los artículos 13 y 26 de esa repetida Ley 55/2003 lo que revela es lo siguiente: (...) que el plan de ordenación de recursos humanos es la herramienta legalmente prevista para que la Administración competente, en materia de personal estatutario de los servicios de salud, ejercite su potestad autoorganizativa mediante la planificación global de sus efectivos personales; (II) que esa planificación comprende, tanto la determinación de los objetivos que con tales efectivos se quieren alcanzar en orden a las necesidades o intereses generales a cuya atención está dirigido el correspondiente servicio de salud, como la fijación del número y estructura de personal que se consideren idóneos para tales objetivos y, también, las medidas que resulten necesarias para llegar a tal número y estructura; y (III) que tales medidas podrán consistir en la programación del acceso, la movilidad geográfica y funcional y la promoción y clasificación profesional.

Lo segundo a subrayar es que, debido a la discrecionalidad que es inherente a toda potestad de autoorganización, la Administración tiene una amplia libertad para apreciar las necesidades que ha de subvenir dentro del ámbito de sus competencias y, consiguientemente, para también definir, en función de las mismas, esos objetivos y medidas en materia de personal que antes se han mencionado.

Y lo tercero a resaltar es que, en contra de lo que parece preconizar la sentencia recurrida, el objetivo de facilitar la prórroga en el servicio activo no es un presupuesto que haya de condicionar el PORH y la potestad de autoorganización que en el mismo queda plasmada. No obstante, sí debe descansar, entre otros, en el presupuesto de que la Ley expresamente admite la prolongación del servicio activo hasta los setenta años de quienes lo soliciten y cumplan los requisitos establecidos en el artículo 26.2 citado.

Lo cual significa que ese POHR será base suficiente para justificar la denegación de la autorización de la prolongación en el servicio activo más allá de los sesenta y cinco años (al amparo de lo establecido en el artículo 26.2 de la Ley

55/2003), cuando, como en el caso enjuiciado acontece, tras haber tomado en consideración el personal existente y, con ello, el que durante la vigencia del Plan alcanzará los 65 años dentro del ámbito definido para el mismo, hayan sido establecidos en dicho Plan los objetivos y necesidades del Servicio de Salud que pretenden alcanzarse con las medidas previstas para ese logro y, también, haya sido explicada la incompatibilidad de las mismas con aquella prolongación.

(...) Y debe recordarse, así mismo, lo que antes se ha dicho, al hilo de la interpretación conjunta de ese artículo 13 con el 26 de la misma Ley 55/2003, sobre amplia discrecionalidad que es inherente al ejercicio de la potestad de autoorganización que queda plasmada en el PORH; y añadirse que el contenido de este plan debe ser respetado mientras no conste su arbitrariedad, su carácter discriminatorio o su ilegalidad por otros motivos.

Desde los parámetros anteriores, el análisis del contenido del PORH impugnado que antes fue transcrito permite advertir que especifica claramente cuáles los objetivos a conseguir en materia de personal y define claramente los efectivos y la estructura de recursos humanos que se consideren adecuados para cumplir tales objetivos; como también incluye un amplísimo estudio y exposición de las circunstancias concurrentes en el ICS que se toman en consideración para fijar esos objetivos y definir la estructura de personal por la que se opta.

Por lo cual, no es de compartir esa insuficiente motivación que le ha sido censurada; y tampoco se ha denunciado que ese contenido incluya elementos que por su irracionalidad o falta de justificación merezcan ser calificados de arbitrarios.».

Procede por tanto la estimación de este motivo de casación.

Asimismo, el recurrente en casación denuncia, como otro motivo de casación, la infracción por la sentencia impugnada de los artículos 26.2 de la Ley 55/2003 y 67.3 de la Ley 7/2007 y de la jurisprudencia establecida en las sentencias de esta Sala de 9 de marzo de 2012 y 24 de octubre (RJ 2013, 1499) y 7 de noviembre de 2012, que en interpretación de la facultad de prolongación en el servicio activo regulada en el artículo 26.2 de la Ley 55/2003, concluyen que no existe un derecho subjetivo del personal estatutario a la continuidad en el servicio activo hasta los 70 años.

Añade por ello que si el Servicio de Salud, como en el presente caso, considera en un PORH que no hay necesidades de la organización para la continuación en activo de determinado grupo de personal, no se está incumpliendo el mencionado precepto, en contra de lo afirmado erróneamente por la sentencia impugnada.

Este motivo se encuentra correctamente fundado y debe prosperar.

La sentencia recurrida se apoya asimismo en una interpretación del artículo 26.2 de la Ley 55/2003 que tampoco comparte este Tribunal, como tiene declarado en numerosos casos anteriores.

La respuesta a la cuestión planteada en el motivo está resuelta por la interpretación del artículo 26.2 de la Ley 55/2003 que se contiene en la Sentencia de 8 de enero de 2013 (casación 207/2012) así como en las sentencias de 15 de febrero o de 9 de marzo de 2012 (recursos de casación 2119/2012 y 1247/2011), a la que la sentencia citada se remite:

1º) El Art. 26.2 de la Ley 55/2003 no establece un derecho a la prórroga en el servicio hasta los 70 años de edad sino sólo una mera facultad de solicitar esa prórroga, condicionada al ejercicio de una potestad de la Administración recurrida, el Servicio de Salud correspondiente, " *en función de las necesidades de organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos*". Así lo demuestra una comparación entre el artículo 67.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, de Estatuto Básico del Empleado Público (LEBEP) y lo que disponía para la prórroga en el servicio activo hasta los 70 años de edad el art. 33 de la Ley 30/1984, modificado por el Art. 107 de la Ley 13/1996 y hoy derogado por Disposición Derogatoria única b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Mientras que el artículo 33 de la Ley 30/1984 consagraba un derecho del funcionario el artículo 67.3 de la LEBEP, que ha venido a sustituirlo, y antes el artículo 26.2 de la Ley 55/2003, que ahora nos ocupa, se refieren a una solicitud dirigida a la Administración para que ésta decida motivadamente. No se trata ahora de normas de enunciación apriorística de un derecho, sino, en su caso, y a lo más, de una especie de *derecho debilitado*, derivado del dato de una denegación inmotivada de la solicitud. No nos encontramos así ante el establecimiento inequívoco de un derecho, sino ante la necesidad de que la Administración justifique la autorización o denegación de la solicitud de prórroga.

2º) El artículo 26.2 de la Ley 55/2003 no impone a la Administración la obligación de otorgar la prórroga en el servicio activo hasta el límite máximo los 70 años; puede otorgarla por un periodo de tiempo inferior, y condicionada a las necesidades apreciadas en los sucesivos planes de ordenación.

Por ello es el Plan el que, teniendo en cuenta dicha previsión legal, y por tanto en principio la posibilidad genérica de la prórroga, deberá establecer el período de duración de esa permanencia, pero siempre respetando el límite o tope máximo de los 70 años.

3º) La prórroga hasta los 70 años es un tope máximo. Ello implica que la previsión legal no veda que la prórroga se otorgue por periodos inferiores a ese máximo en función de la apreciación de las necesidades del servicio.

Finalmente, añade la Sentencia del Tribunal Supremo, que el Tribunal Constitucional mediante Auto 85/2013, de 23 de abril, ha inadmitido a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 6611/2012 planteada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en relación con la disposición transitoria novena, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos, por posible vulneración del art. 149.1.18 CE en relación con lo dispuesto en el art. 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Destaca el Tribunal Constitucional que la jubilación forzosa a los 65 años es la regla general, siendo la prórroga en el servicio activo algo excepcional supeditada a varios condicionantes.

**COMPETENCIAS MUNICIPALES. ORDENANZA REGULADORA DE LOS
CAMINOS RURALES: COMPETENCIA: VINCULACIÓN NEGATIVA.
TRATO DESIGUAL A LOS VEHÍCULOS DE USO AGRÍCOLA Y A LOS DE
USO MINERO: LEGALIDAD**

Sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2014

Recurso de Casación: 744/2011

Ponente: Segundo Menéndez Pérez

El Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto por la mercantil CAL DE CASTILLA, S.A., contra sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 18 de noviembre de 2010, sobre impugnación de la resolución dictada por el Pleno del Ayuntamiento de Perales de Tajuña en fecha 26 de marzo de 2009 que aprobó la Ordenanza Municipal Reguladora de los Caminos Rurales.

La recurrente interponer el recurso de casación en cuanto al sentencia de instancia no acogió su pretensión de que declarara la nulidad de dicha Ordenanza.

A tal fin denuncia la infracción de los artículos 25.2.d) y 25.3 de la LBRL, en relación con el 55 del TRRL. En él argumenta, en suma, que las Entidades locales sólo pueden aprobar Ordenanzas y Reglamentos "en la esfera de su competencia", las cuales "en ningún caso contendrán preceptos opuestos a las leyes", según dispone el tercero de esos artículos; que, conforme al segundo, "sólo la Ley determina las competencias municipales en las materias" que enuncia antes, en su número 2; y que en la de "caminos y vías rurales", el primero, a diferencia de lo que hace para las "vías públicas urbanas", sólo atribuye competencia para la "conservación", y no para regular su uso, ordenación y control del tránsito. Por último -añade el motivo-, la sentencia de instancia, al afirmar que los Municipios ostentan "competencia para la ordenación y el control del tráfico de los caminos rurales", contradice la doctrina expresada en la sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 25 de mayo de 2005, dictada en un recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Roses que se refería también a una Ordenanza municipal.

El TS acepta los razonamientos del Tribunal de instancia en el sentido de que "toda conservación implica intrínsecamente la regulación del uso de aquello que se trata de conservar, mediante actos de tutela y defensa", y su decisión final, basada en la falta de una regulación legal específica y en lo dispuesto en el número 2 de ese artículo 84, y según la cual, "las autoridades competentes para la conservación del dominio público, lo son asimismo, para la vigilancia y regulación de los usos comunes y de los aprovechamientos especiales, por lo que hemos de concluir la competencia del Municipio para regular los usos de los caminos rurales", no vulneran aquellos artículos de la LBRL y del TRRL que el motivo considera infringidos.

Éste, trasluce una concepción del ámbito o del modo de determinación de las competencias municipales basada en la idea de una vinculación positiva que ahí o para ello acarrearía el principio de legalidad, de suerte que la Corporación Local sólo podría actuar en la forma y hasta donde de modo previo y expreso le hubiera habilitado el legislador sectorial. Sin embargo, no es esa concepción la que mejor se adecua a una interpretación de las normas reguladoras del régimen competencial de tales Corporaciones que atienda, como es obligado, al principio de autonomía reconocido a los Municipios, pues el principio de vinculación positiva es excesivamente restrictiva y dudosamente compatible con la amplitud con que la Constitución concibe la garantía institucional de la autonomía de gobierno y administración de los municipios (artículo 140 de la Constitución), la cual debe ser interpretada, en el terreno competencial, de acuerdo con la cláusula de subsidiariedad que contiene la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España mediante Instrumento de 20 enero 1988, con arreglo a cuyo artículo 4.2 "las Entidades locales tienen, dentro del

ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad". Y en la segunda, en un supuesto de impugnación de una ordenanza que regulaba la liberación de olores a la atmósfera, entendimos que las Corporaciones locales, en aquellas materias en que necesariamente han de ejercer competencias, como es, en especial, la de protección del medio ambiente, pueden ejercerlas por medio de ordenanza en los aspectos en que la norma autonómica no las haya utilizado, siempre que el uso que de ellas se haga no contravenga lo establecido legalmente, "para de ese modo realizar las actividades complementarias de otras Administraciones Públicas a que se refiere el artículo 28 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local ". Idea, aquella de la vinculación negativa, que cabe ver en otras sentencias posteriores, como las de 7 de octubre y 15 de diciembre de, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación 204/2008 y 496/2009.

Asimismo considera el recurrente que la sentencia de instancia infringe el artículo 14 CE en su modalidad de igualdad en la Ley, al entender que la Ordenanza dispensa un trato desigual a los vehículos de uso agrícola y a los de uso minero, que no está basado en la intensidad del uso ni en el deterioro que ocasione. Así formulado, el motivo no puede prosperar, pues con carácter general o en principio, no son iguales, ni sirven por ello como términos de comparación a los efectos de aplicar aquél único precepto que denuncia como infringido, los usos de los caminos rurales, y deterioro consiguiente, realizados por vehículos agrícolas y por aquellos otros. No lo son, incluso, aun en supuestos de vehículos de similar tonelaje, ya que no cabe descartar, sólo por ello, que incidan otras circunstancias desiguales, referidas, por ejemplo, a las frecuencias de los tránsitos y a los efectos ligados a la naturaleza del material objeto de transporte.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

PLANES DE EMPLEO. FINALIDAD DE LAS RELACIONES DE PUESTOS DE TRABAJO. POTESTAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE MODIFICAR LA CLASIFICACIÓN DE LOS PUESTOS DE TRABAJO. EL FUNCIONARIO ADSCRITO A UN PUESTO NO TIENE UN DERECHO SUBJETIVO A QUE ÉSTE NO SEA RECLASIFICADO A TRAVÉS DE UNA NUEVA RPT.

Sentencia número 3678/2013 de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 23 de diciembre del Tribunal Superior de Justicia con sede en Granada

Recurso contencioso-administrativo: 1053/2011

Ponente: María Rogelia Torres Donaire

Un funcionario del Ayuntamiento de Níjar interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución de fecha 31 de marzo de 2001 - dictada por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Nijar - desestimatoria del recurso de reposición interpuesto por el demandante contra Decreto 43/2011, de fecha 28 de enero de 2011 - que acuerda aprobar el plan de empleo del Ayuntamiento de Nijar con reasignación de efectivos.

El demandante solicita la nulidad de la Resolución desestimatoria de su recurso de reposición frente a la aprobación del plan de empleo con reasignación de efectivos, ya que el puesto de trabajo que ocupaba, Jefe de la Oficina de Recaudación, ha sido suprimido y se crea uno nuevo denominado Jefe de Sección de Inspección Tributaria y Gestión Catastral, al que se le asigna, careciendo de motivación y sin expresar las razones de hecho y de derecho que lo motiven, lo cual ha causado indefensión al actor y ha contribuido a la arbitrariedad; además el uso de la facultad discrecional de creación, modificación, y supresión de puestos de trabajo ha de estar motivada, y aunque la premisa utilizada por la Administración es que el puesto que el actor ocupaba se suprime, ello no es cierto, ya que únicamente se ha cambiado su denominación, y las funciones del puesto suprimido (Jefe de la Oficina de Recaudación), se corresponden con el puesto actual de nueva creación denominado Jefe de Negociado de Recaudación y Gestión Catastral, mientras que el nuevo puesto de Jefe de Sección de Inspección Tributaria y Gestión Catastral no conserva ninguna de las funciones del puesto suprimido de Jefe de la Oficina de Recaudación.

La Sala del TSJA declara que no se puede aceptar la nulidad del acto impugnado por falta de motivación ya que el mismo se limita a ejecutar el acuerdo de 6 de agosto de 2010 que modifica la plantilla y la Relación de Puestos de Trabajo, y en este sentido,

conviene significar de entrada que la RPT es un instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal de acuerdo con las necesidades de los recursos y mediante la que se establecen los requisitos exigibles para el desempeño de cada puesto y, en tal sentido, no puede olvidarse que la potestad organizativa, de la que está investida la Administración, tiene en la RPT uno de sus instrumentos básicos, obedeciendo su confección al ejercicio de facultades discrecionales ordenadas a la organización de cada servicio.

Es preciso recordar que las Administraciones Públicas gozan de un margen de actuación suficientemente amplio para concretar en la organización el "status" del personal a su servicio; un amplio margen de actuación a la hora de "consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el status del personal a su servicio (STC 57/1990 y 293/1993). Las STS de 29.1.07 (rec. 6640/2001) y de 6.2.08 (rec. 3759/2003) recuerdan que al "confeccionar la Relación de Puestos de Trabajo -de acuerdo con un método de valoración y clasificación que obtiene la definición del contenido formal de cada tipo de puesto de trabajo y la determinación de su posición relacional respecto de los demás puestos de trabajo, a partir de la descripción de las tareas relevantes necesarias para el correcto desempeño de las funciones y la adecuada prestación de los servicios, conexas a la determinación de los requisitos profesionales exigibles para ello- la Administración no está obligada a sancionar una determinada organización de los recursos humanos, sino que el correcto ejercicio de la competencia legalmente conferida exige que la Administración emplee de manera crítica el margen de discrecionalidad técnica que el legislador le confiere para obtener una mejor conjugación de los recursos personales y de las estructuras administrativas de las que disponga o prevea disponer con los objetivos prestacionales que tenga programados presupuestariamente o que se proponga alcanzar". La discriminación entre estructuras que son creación del Derecho y que pueden quedar definidas por la presencia de muy diversos factores, de existir, derivará de la aplicación por la Administración de criterios de diferenciación que no resulten objetivos ni generales (STC 7/1984 y 77/1990). En todo caso, el control del ejercicio de la potestad administrativa discrecional incluye el control de los elementos reglados en el proceso de clasificación y valoración de los puestos de trabajo, de veracidad sobre los hechos determinantes que operan para la valoración técnica, de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, y de la aplicación de los principios y valores constitucionales, y en concreto de la garantía de igualdad en la aplicación de la norma

Igualmente procede declarar, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la Administración tiene una «potestas variandi» de la normativa legal y reglamentaria que ejercita lícitamente cuando así lo aconsejan o demandan las cambiantes circunstancias de su actividad para una mejor organización de las

estructuras necesarias para el ejercicio de derechos o cumplimiento de deberes del individuo en sociedad o de los servicios públicos establecidos con ese fin, pues sostener lo contrario equivaldría -en los términos de las Sentencias del Tribunal Constitucional 27/1981, de 20 de julio o 6/1983, de 4 de febrero - a «petrificar» la organización de las estructuras existentes condenándolas a una inmovilidad que las alejaría de la realidad social e impediría su perfeccionamiento. Como consecuencia de esta facultad de cambiar la organización administrativa, el funcionario público no tiene un derecho adquirido frente a la ley que pueda oponer a la nueva organización establecida por la respectiva norma legal estatutaria, ello sin perjuicio de los derechos que la propia ley les reconoce relativos a su categoría administrativa, a su inmovilidad de residencia y al sueldo consignado en los Presupuestos, que son derechos adquiridos que vinculan a la Administración y que, como tales derechos «incorporados al patrimonio del funcionario», podrán ser reclamados por los interesados, si fueran despojados de ellos, por los procedimientos que el ordenamiento establece.

Esto sentado, la modificación de la relación de puestos de trabajo, aprobada por el Ayuntamiento demandado supone el ejercicio de la potestad organizativa por lo que han de merecer rechazo los motivos basados en una especial motivación, en los que como se dijo anteriormente, está implícita la idea de que el puesto de trabajo es un elemento indisponible para una Administración de tal manera que cuando pasa a ocuparlo un funcionario y a desarrollar las funciones que se le encomiendan realice y que definen dicho puesto, dichas funciones devienen inmodificables para la Administración y el puesto inatacable tanto en lo relativo a su existencia como en lo referido a su configuración. Pero tal postura ha de ser rechazada, desde el momento que defiende una a modo de congelación funcional del puesto que impediría la modificación de las competencias y la necesaria a veces reforma de toda Administración, que debe ser lo suficientemente flexible en su organización y funcionamiento para adaptarse a las exigencias de los intereses generales. En tal sentido, se suprime el puesto que ocupaba el recurrente, y se crea uno nuevo al que es asignado, siendo cuestión distinta el que el actor discrepe de la reasignación.

**POTESTAD SANCIONADORA. DELEGACIÓN BASTA LA DELEGACIÓN
GENÉRICA PARA LA GESIÓN Y RESOLUCIÓN DE ACTOS
ADMINISTRATIVOS DE UN ÁREA MUNICIPAL PARA ENTENDER
COMPRENDIDA EN LA MISMA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD
SANCIONADORA. VALIDEZ.**

*Sentencia número 102/2014 de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-
Administrativo de 27 de enero del Tribunal Superior de Justicia con sede en Granada*

*Recurso contencioso-administrativo: 453/2010**Ponente: María Rosa López Barajas Mira*

El Ayuntamiento de El Ejido interpone recurso de apelación ante el TSJA contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de fecha 15 de febrero, que declaró la nulidad del acto administrativo por el que se impone una sanción urbanística acordada por la Concejala Delegada de Urbanismo, en ejercicio de la delegación genérica para gestionar dicho Servicio que incluía la de dictar actos que afecten a terceros, delegada por el Alcalde, por entender el Juzgado de instancia que la potestad sancionadora en materia urbanística no puede ser entendida comprendida mediante una delegación genérica, y que por tanto, el acto sancionador fue dictado por órgano manifiestamente incompetente.

El TSJA estima el recurso del Ayuntamiento, declarando que desde la promulgación de la Ley 4/1999 la potestad sancionadora es susceptible de delegación; asimismo declara que es indiscutible la admisibilidad de las delegaciones genéricas de competencias, en función de lo dispuesto en el artículo 43.3 del ROF, habiendo declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de junio de 2003, que de la redacción del mismo se infiere que las delegaciones genéricas no son uniformes sino que, por el contrario, pueden tener mayor o menor extensión, debiendo de interpretarse la amplitud de la misma caso por caso y de conformidad con el contexto en el que se producen.

Y en este sentido, en el caso examinado, el Decreto de delegación disponía en relación a la referida Concejala de Urbanismo que la delegación tenía por objeto “... *la dirección y gestión de las Áreas de Planeamiento y Desarrollo Urbanístico y Patrimonio Inmueble, y de Licencias y Disciplina Urbanística ...*”, así como que la misma incluía “... *la facultad de dictar actos administrativos de cualquier clase que afecten a terceros, incluida la de resolver los recursos que se interpongan contra dichos actos ...*”. El TSJA concluye que la delegación está conferida en términos suficientemente amplios como para entender comprendida en la misma la potestad sancionadora, en tanto en cuanto los actos derivados de su ejercicio pueden encuadrarse entre los susceptibles de afectar a terceros.

Asimismo, señala el TESJA que, incluso aunque pudiera concluirse que la delegación examinada no comprendía la potestad sancionadora, tampoco ello sería suficiente para sustentar la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida, pues en modo alguno podría afirmarse que la Teniente de Alcalde es “*manifiestamente*” incompetente para su dictado, como exige el artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992, y ha señalado el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de enero de 2013 que “*para generar la nulidad la incompetencia ha de ser manifiesta sin que exija un esfuerzo dialéctico su comprobación*”, y por tanto, tal carácter manifiesto no concurre en el presente supuesto,



en el que la determinación de la amplitud de la delegación genérica no puede determinarse *prima facie*, sino que exige una labor hermenéutica.





CONVOCATORIAS

Resolución de 14 de abril de 2014, de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales, por la que se convocan para el año 2014 las subvenciones para la **promoción del tejido profesional del teatro, la música, la danza y los espectáculos dirigidos al público infantil y juvenil** en Andalucía, en la línea de apoyo a la distribución.

([BOJA núm. 77 de 23 de abril de 2014](#))

Orden AAA/637/2014, de 21 de abril, por la que se establecen las bases reguladoras y la convocatoria de medidas de apoyo para facilitar el acceso a la financiación de las **explotaciones agrícolas**.

([BOE. Núm. 98 de 23 de abril de 2014](#))

Resolución de 8 de abril de 2014, del Organismo Autónomo Programas Educativos Europeos, por la que se establecen las condiciones y se convoca el **premio «Sello Europeo para las iniciativas innovadoras en la enseñanza y el aprendizaje de las lenguas 2014»**.

([BOE núm. 98 de 23 de abril de 2014](#))

Resolución de 28 de marzo de 2014, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, por la que se convocan **subvenciones para las actuaciones de turismo y termalismo para personas con discapacidad** durante el año 2014.

([BOE núm.97 de 22 de abril de 2014](#))

Resolución de 19 de marzo de 2014, del Consejo Económico y Social, por la que se convoca el **Premio de Investigación del Consejo Económico y Social, XIX-2014** convocatoria

([BOE núm.97 de 22 de abril de 2014](#))

Resolución de 7 de abril de 2014, del Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música, por la que se convoca el **Premio Nacional de Circo** correspondiente al año 2014.

([BOE núm. 94 de 18 de abril de 2014](#))

Resolución de 7 de abril de 2014, del Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música, por la que se convoca el **Premio Nacional de las Músicas Actuales** correspondiente al año 2014.

[\(BOE núm. 94 de 18 de abril de 2014\)](#)

Resolución de 7 de abril de 2014, del Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música, por la que se convoca el **Premio Nacional de Teatro** correspondiente al año 2014.

[\(BOE núm. 94 de 18 de abril de 2014\)](#)

Resolución de 7 de abril de 2014, del Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música, por la que se convocan los **Premios Nacionales de Música** correspondientes al año 2014.

[\(BOE núm. 94 de 18 de abril de 2014\)](#)

Resolución de 9 de abril de 2014, de la Dirección General de Migraciones, por la que se convocan ayudas para 2014, del **Programa de Centros de la Orden ESS/1613/2012**, de 19 de julio.

[\(BOE núm. 93 de 17 de abril de 2014\)](#)

Resolución de 4 de febrero de 2014, de la Dirección General de Migraciones, por la que se convocan ayudas para 2014, del **Programa de Asociaciones de la Orden ESS/1613/2012**, de 19 de julio.

[\(BOE núm. 93 de 17 de abril de 2014\)](#)

Resolución de 31 de marzo de 2014, de la Dirección General de Migraciones, por la que se convocan ayudas para 2014, del **Programa de Comunicación de la Orden ESS/1613/2012**, de 19 de julio

[\(BOE núm. 93 de 17 de abril de 2014\)](#)

Resolución de 14 de marzo de 2014, de la Secretaría General de Inmigración y Emigración, por la que se establecen para el año 2014 las cuantías máximas y mínimas de las ayudas económicas para los beneficiarios de los **Centros de Acogida a Refugiados** integrados en la red de Centros de Migraciones del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

[\(BOE núm. 93 de 17 de abril de 2014\)](#)

Resolución de 7 de abril de 2014, del Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música, por la que se convoca el **Premio Nacional de Artes Escénicas para la Infancia y la Juventud** correspondiente al año 2014.

[\(BOE núm. 92 de 16 de abril de 2014\)](#)

Resolución de 7 de abril de 2014, del Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música, por la que se convocan los **Premios Nacionales de Danza** correspondientes al año 2014.

[\(BOE núm. 92 de 16 de abril de 2014\)](#)

Resolución de 7 de abril de 2014, de la Dirección General de Derechos de la Ciudadanía, Participación y Voluntariado, por la que se convocan para el ejercicio 2014, las subvenciones previstas en la Orden de 23 de mayo de 2011, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, en **materia de voluntariado**, a las entidades sin ánimo de lucro y universidades públicas andaluzas.

[\(BOJA núm. 74 de 16 de abril de 2014\)](#)

Resolución de 8 de abril de 2014, de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales, por la que se convocan para el año 2014 las **subvenciones** para la promoción de **Festivales Flamencos** de pequeño y mediano formato.

[\(BOJA núm.73 de 15 de abril de 2014\)](#)

Orden de 31 de marzo de 2014, por la que se modifica la de 14 de junio de 2011, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de **subvenciones** en régimen de concurrencia competitiva en materia de **turismo**, se aprueba nuevo cuadro resumen de las bases reguladoras y nuevos formularios para presentar solicitudes y alegaciones, y por la que se convocan las mismas para el ejercicio 2014 en la línea de fomento de servicios turísticos y creación de nuevos productos (modalidad ITP).

[\(BOJA núm. 72 de 14 de abril de 2014\)](#)

Resolución de 31 de marzo de 2014, de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, por la que se convoca el **XXVIII Premio Internacional Menéndez Pelayo**.

[\(BOE núm. 87 de 10 de abril de 2014\).](#)

Orden de 1 de abril de 2014, por la que se modifica la de 18 de enero de 2012, de la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia, por la que se establecen las bases reguladoras de un Programa de Incentivos para el **Fomento de la Innovación y el Desarrollo Empresarial en Andalucía** y se efectúa su convocatoria para los años 2012 y 2013.

[\(BOJA núm. 70 de 10 de de abril de 2014\)](#)

Orden AAA/561/2014, de 27 de marzo, por la que se convocan, para el ejercicio 2014, ayudas a programas plurirregionales de **formación** dirigidos a los **profesionales del medio rural**.

[\(BOE núm. 87 de 10 de abril de 2014\)](#)

Resolución de 1 de abril de 2014, de la Secretaría de Estado de Cultura, por la que se convocan las **ayudas para la acción y la promoción cultural** correspondientes al año 2014.

[\(BOE NÚM. 86 de 9 de abril de 2014\)](#).

Orden PRE/548/2014, de 28 de marzo, por la que se modifica la Orden PRE/917/2013, de 20 de mayo, por la que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a agrupaciones de productores para la realización de **proyectos de investigación** aplicada e innovación en los **sectores vacuno, porcino, ovino, caprino, avícola y cunícola**, y por la que se convocan las correspondientes al año 2013.

[\(BOE núm. 84 de 7 de abril de 2014\)](#)

Resolución de 1 de abril de 2014, de la Dirección General de Asistencia Sanitaria y Resultados en Salud del Servicio Andaluz de Salud, por la que se convoca el **Premio de Periodismo «Luis Portero de Promoción del Donante de Órganos y Tejidos en Andalucía»** para trabajos producidos por Medios de Comunicación que fomenten la Donación de Órganos y Tejidos, en su XVII Edición. .

[\(BOJA núm. 67 de 7 de abril de 2014\)](#)

Resolución de 6 de marzo de 2014, de la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades, por la que se convocan los **Premios a la calidad e innovación en orientación y formación profesional**, con la cofinanciación del Fondo Social Europeo.

[\(BOE NÚM 82 de 4 de abril de 2014\)](#)

Resolución de 17 marzo de 2014, de la Dirección General de Participación y Equidad, por la que se convocan los **premios «Rosa Regás»** a materiales curriculares que promuevan **la igualdad entre hombres y mujeres en educación** y que destaquen por su valor coeducativo, en su VIII edición correspondiente al curso 2013-2014.

[\(BOJA núm. 63 de 2 de abril de 2014\)](#)

Orden AAA/525/2014, de 4 de marzo, por la que se convocan, para el ejercicio 2014, **ayudas** destinadas al fomento de la **integración cooperativa** de ámbito estatal

([BOE Núm. 80 de 2 de abril de 2014](#)).

Orden de 21 de marzo de 2014, por la que se modifica la Orden de 17 de noviembre de 2011, por la que se establecen las bases reguladoras de concesión en régimen de concurrencia no competitiva de **subvenciones** a los miembros de la **Red de Información Europea de Andalucía**.

([BOJA núm. 60 de 28 de marzo de 2014](#))

Orden de 21 de marzo de 2014, por la que se efectúa la convocatoria de subvenciones correspondiente al año 2014 para la concesión de **ayudas** para la realización de **actividades informativas, divulgativas y de formación relacionada con la Unión Europea**.

([BOJA núm. 60 de 28 de marzo](#))

Decreto-ley 1/2014, de 18 de marzo, por el que se regula el Programa de Impulso a la **Construcción Sostenible en Andalucía** y se efectúa la convocatoria de incentivos para 2014 y 2015.

([BOJA núm. 58 de 26 de marzo de 2014](#))

Resolución de 18 de marzo de 2014, de Parques Nacionales, por la que se convoca la concesión de subvenciones para la realización de **proyectos de investigación científica en la Red de Parques Nacionales** para el año 2014

([BOE num.71 de 24 de marzo de 2014](#))

Orden de 4 de marzo de 2014, por la que se regula y convoca el XIII **Certamen Literario Escolar Andaluz en materia de Voluntariado: «Solidaridad en Letras»**.

([BOJA núm. 51 de 17 de marzo de 2014](#))

Orden de 26 de febrero de 2014, por la que se amplía el plazo de resolución de la convocatoria para el ejercicio 2013 de **subvenciones** en materia de Turismo, en la línea de **Fomento de Servicios Turísticos y Creación de Nuevos Productos** (modalidad ITP).

([BOJA núm. 51 de 17 de marzo de 2014](#))

Orden de 21 de febrero de 2014, por la que se convocan, para el ejercicio 2014, las **subvenciones** a conceder por el procedimiento de concurrencia competitiva en materia de modernización de las **Pymes comerciales** y la mejora de la calidad y la competitividad en el **pequeño comercio**, y se aprueban los formularios para presentar las solicitudes y alegaciones

([BOJA núm. 44 de 6 de marzo de 2014](#)).

Orden de 26 de febrero de 2014, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de **subvenciones del programa Talentia Postdoc** para la movilidad internacional del personal investigador y se efectúa su convocatoria.

([BOJA núm. 41 de 3 de marzo de 2014](#))

Resolución de 21 de febrero de 2014, del Instituto de la Juventud, por la que se convoca la concesión de **ayudas** para la realización de actividades financiadas por la Comisión Europea en el capítulo de Juventud del Programa de acción comunitario «**Erasmus+**».

([BOE núm. 46 de 22 febrero de 2014](#))

Edicto de la Diputación de Granada-Centro de Estudios Municipales por el que se anuncia la convocatoria de la **II Edición de los Premios CEMCI**. El plazo de presentación de trabajos hasta 15 de marzo de 2015 ([BOP núm. 54 de 21 de marzo](#)).

([BOP núm. 39 de 27 de febrero de 2014](#))

Resolución de 11 de febrero de 2014, de la Dirección General de Fondos Agrarios, por la que se convocan para el año 2014 ayudas al amparo del Real Decreto 202/2012, de 23 de enero, y de la **Orden de 7 de marzo de 2011**, que se citan, y por la que se establecen las particularidades de la campaña 2014 y se actualiza el Anexo III de la mencionada Orden de 7 de marzo de 2011

([BOJA núm. 31 de 14 de febrero de 2014](#))

Orden de 11 de febrero de 2014, por la que se modifica la de 24 de marzo de 2011, por la que se aprueban en la Comunidad Autónoma de Andalucía las bases reguladoras para la concesión de **subvenciones a las submedidas agroambientales** en el marco del Programa de Desarrollo Rural de Andalucía 2007-2013, y se efectúa su convocatoria para el año 2011.

([BOJA núm. 31 de 14 de febrero](#))

Resolución de 4 de febrero de 2014, del Centro de Investigaciones Sociológicas, por la que se convoca para el año 2014 el «**Premio Nacional de Sociología y Ciencia Política**»

([BOE núm. 38. De 13 de febrero de 2014](#))

Resolución de 27 de diciembre de 2013, de ICEX España Exportación e Inversiones, por la que se convoca para 2014 la concesión de ayudas a través del **Programa ICEX-NEXT** de apoyo a la internacionalización de la **PYME** española no exportadora o exportadora ocasional

([BOE núm. 29 de 3 de febrero de 2014](#))



AHORA EN EL CEMCI

II EDICION PREMIOS CEMCI



Con fecha 27 de febrero de 2014 se han publicado la II Convocatoria de los Premios CEMCI ([BOP 39 de 27 de febrero de 2014](#)). El plazo de presentación de trabajos se ha ampliado hasta el día 31 de marzo de 2015 ([BOP núm. 54 de 21 de marzo de 2014](#)).

PLAN GENERAL DE ACCION 2014



El presente Plan General de Acción constituye el tercero de los cuatro previstos para desarrollar el [Proyecto de Dinamización e Impulso del CEMCI](#), aprobado por su [Consejo Rector](#) para el periodo 2012-2015. Este Plan, como también los anteriores, no solo procede a dicha expansión concretando sus grandes líneas generales de actuación, sino que incorpora nuevos retos, ideas y actuaciones como consecuencia de la actitud permanente de este Centro de, por una parte estar alerta ante nuevas necesidades o posibles mejoras y por otra mantenerse en constante actualidad e innovación.

PROGRAMA DE FORMACIÓN 2014

Están disponibles para su consulta las [actividades formativas para el segundo trimestre de 2014](#). Puedes descargarlo pinchado [aquí](#).



ENTREGA DE PREMIOS A LOS GALARDONADOS EN LA I CONVOCATORIA DE PREMIOS CEMCI



La iniciativa de esta convocatoria surge enmarcada en el Proyecto de Dinamización e Impulso del Centro para el periodo 2012-2015 “con la pretensión de promover y fomentar el estudio en materias de indudable importancia para la eficaz dirección, gestión y desarrollo de las competencias de las entidades locales”, según especifican sus bases.

Una veintena de trabajos, presentados desde los más diversos lugares de la geografía española, han concurrido a la convocatoria de los premios Cemci, organismo autónomo dependiente de la Diputación de Granada, que instituyó las dos modalidades de estos premios con el objeto de fomentar la investigación en la materia. ([Leer noticia completa](#)).



LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

En la última publicación realizada por el CEMCI en coedición con la EAPC el autor, Joaquín MESEGUER YEBRA, analiza *la tramitación de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, desde su génesis hasta la publicación del texto definitivo en el BOE, haciendo un recorrido por las aportaciones y observaciones más importantes realizadas al texto de la norma por los diferentes agentes que han intervenido en su elaboración.

PROYECTO DE DINAMIZACIÓN E IMPULSO DEL CEMCI 2012-2015.

El proyecto de dinamización e impulso del CEMCI pretende hacer del mismo un Centro de excelencia e innovación para el Gobierno Local, un instrumento de la Diputación de Granada para el buen gobierno de los Gobiernos Locales, un destacado canal de conocimiento en el proceso de modernización y cambio de nuestras entidades locales, a través de la formación, la investigación y la publicación.

Es un proyecto complejo y no exento de dificultades que repercute en nuestras entidades locales y, por lo tanto, en el desarrollo de las actividades de este Centro. [Descargar PDF](#)

OBSERVATORIO DE EXPERIENCIAS MUNICIPALES

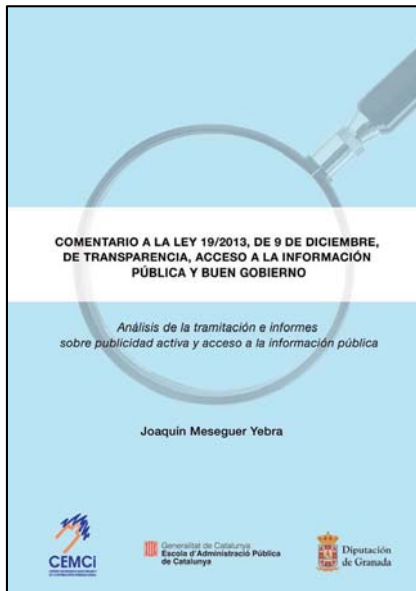
La administración local evoluciona a un ritmo vertiginoso debido a factores muy diversos como la irrupción de la tecnología, el aumento de la preocupación por las políticas sectoriales y la propia incidencia de la economía para impulsar o gestionar políticas públicas. La administración local del futuro será sin duda mucho más participada por la ciudadanía y deberá ser gestionada con la mayor eficiencia y eficacia posibles.



Desde el CEMCI queremos contribuir, desde este instrumento, nuestro Observatorio, a la mejora de la administración local, mediante el conocimiento compartido recogido en bancos u observatorios de buenas prácticas sobre políticas públicas en la administración local ([leer más...](#))



NOVEDADES EDITORIALES



COMENTARIO A LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

Joaquín Meseguer Yebrá

Coedición con EAPC

Año de publicación: 2014

ISBN: 978-84-393-9124-1

Depósito Legal: B 6722-2014

332 págs.

La tramitación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, ha sido una de las normas que más debate y controversias ha suscitado en los años más recientes.

La presente monografía, sin pretender ser un comentario doctrinal de la ley, aborda un análisis sistemático de la norma desde su génesis hasta la publicación del texto definitivo en el Boletín Oficial del Estado. El sentido de esta obra es, pues, el de reunir en un único texto las aportaciones y observaciones más importantes realizadas al texto de la norma por los diferentes agentes que han intervenido en su elaboración, con el fin de que pueda servir para dar respuesta a las necesidades más inmediatas de comprensión e interpretación de la ley que puedan plantearse en un primer momento.

La estructura que sigue la obra al abordar el análisis de la ley es la siguiente: reproducción del texto del artículo o disposición comentados, análisis de los cambios introducidos en el texto a lo largo de su tramitación en sede “gubernamental” y parlamentaria, extracto de los principales informes y dictámenes emitidos en el curso de la elaboración de la norma, y exposición de normativa comparada e iniciativas parlamentarias previas seleccionadas. Asimismo, se incorpora al estudio parte del contenido del Informe sobre la consulta pública electrónica del

anteproyecto, elaborado por la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes y de la Memoria del Análisis del Impacto Normativo del proyecto de ley.

La obra se completa, por último, con una selección de la bibliografía más relevante relacionada con el proceso de elaboración de la ley y sus contenidos principales.

Contenido:

Abreviaturas

Índice de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

Cronología de la tramitación

Valoración general del proyecto

Artículo 1. Objeto

Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación

Artículo 3. Otros sujetos obligados.

Artículo 4. Obligación de suministrar información

La regulación de la Publicidad Activa en la ley

Artículo 5. Principios generales

Artículo 6. Información institucional, organizativa y de planificación

Artículo 7. Información de relevancia jurídica

Artículo 8. Información económica, presupuestaria y estadística

Artículo 9. Control

Artículo 10. Portal de la Transparencia

Artículo 11. Principios técnicos

Derecho de acceso a la información pública. Régimen general

Artículo 12. Derecho de acceso a la información pública

Artículo 13. Información Pública

Artículo 14. Límites al derecho de acceso

Artículo 15. Protección de datos personales

Artículo 16. Acceso parcial

Artículo 17. Solicitud de acceso a la información

Artículo 18. Causas de inadmisión

Artículo 19. Tramitación

Artículo 20. Resolución

Artículo 21. Unidades de Información

Artículo 22. Formalización del acceso

Artículo 23. Recursos

Artículo 24. Reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

Artículo 33. Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

Artículo 34. Fines

Artículo 35. Composición

Artículo 36. Comisión de Transparencia y Buen Gobierno

Artículo 37. Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

Artículo 38. Funciones

Artículo 39. Régimen jurídico

Artículo 40. Relaciones con las Cortes Generales

Disposición adicional primera. Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública

Disposición adicional segunda. Revisión y simplificación normativa

Disposición adicional tercera. Corporaciones de Derecho Público

Disposición adicional cuarta. Reclamación

Disposición adicional quinta. Colaboración con la Agencia Española de Protección de Datos

Disposición adicional sexta. Información de la Casa de Su Majestad el Rey

Disposición adicional séptima.

Disposición adicional octava.

Disposición final primera. Modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Disposición final tercera. Modificación de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria

Disposición final cuarta. Modificación de la Disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado

Disposición final quinta.

Disposición final séptima. Desarrollo reglamentario

Disposición final octava. Título competencial

Disposición final novena. Entrada en vigor

Bibliografía



NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

Ballina Díaz, Diego

La nueva regulación de la moción de censura en los Tribunales. Comentario a la Sentencia 900015/2013 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 6 de febrero en: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 17/2013, págs. 1639-1642.

Bernal Blay, Miguel Ángel

El sistema de tutela de la 'Buena Administración Contractual': balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento en: Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 160/2013, págs. 189-213.

Calvo Vérguez, Juan

La articulación de los distintos planes de pago a proveedores por parte de los entes locales: principales rasgos configuradores en: Tributos Locales, núm. 112/2013, págs. 63-87.

Cantera Cuartango, José Manuel

La protección de datos de carácter personal en la contratación pública y su relación con la futura ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 18/2013, págs. 1704-1718.

Cantera Cuartango, Manuel

La modificación de la Ley del IVA y sus implicaciones en la contratación del Sector Público Local en: Revista de Estudios Locales, núm. 156/2013, págs. 15-25.

Castillo Mora, Daniel del

El desarrollo sostenible en los espacios naturales protegidos: las áreas de influencia socioeconómica y otras perspectivas en: Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, núm. 26/2013, págs. 331-351.

Cea Ayala, Ángel

Aspectos prácticos en los procedimientos de resolución de los contratos en: Contratación Administrativa Práctica, núm. 127/2013, págs. 52-59.

Cotino Hueso, Lorenzo

Derecho y 'Gobierno Abierto'. La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones Públicas. Propuestas concretas en: Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. XIV/2013, págs. 51-92.

Gallego Córcoles, Isabel

Las Centrales de Contratación en clave local en: Revista de Estudios Locales, núm. 161/2013, págs. 119-146.

Gómez Puerto, Ángel B.

Consideraciones constitucionales y administrativas sobre el medio ambiente. El papel de los Ayuntamientos en: Actualidad Administrativa, núm. 9/2013, págs. 1100-1125.

Herrero Pombo, César

La 'privatización' de las notificaciones en los procedimientos administrativos: liberalización versus garantía del procedimiento en: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 19/2013, págs. 1840-1851.

Ibáñez Macías, Antonio

Los referendos regional y local en el Estado Autonómico. Sus bases y límites constitucionales en: Revista Vasca de Administración Pública, núm. 97/2013, págs. 97-138.

Merino Estrada, Valentín

Reflexiones acerca del tratamiento de los servicios públicos en el anteproyecto de ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local en: Revista de Estudios Locales, núm. 159/2013, págs. 26-33.

Molinos- Senante, María; Hernández- Sancho, Francesc; Sala- Garrido, Ramón

Marco jurídico para la gestión y tratamiento de lodos de estaciones depuradoras de aguas residuales: análisis del derecho comunitario, estatal y autonómico en: Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 284/2013, págs. 147-164.

Moreno Molina, José Antonio

La nueva Legislación Europea sobre contratación pública y su impacto sobre las Administraciones Locales en: Revista de Estudios Locales, núm. 161/2013, págs. 45-65.

Navarro Sánchez, Ángel Custodio

Protección de datos personales versus grabación y difusión –incluido Internet- de las sesiones plenarias municipales, según la AEPD en: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 22/2013, págs. 2158-2171.

Paricio Rallo, Eduardo

Los servicios funerarios en la nueva tipología de ser vicios municipales en: Cuadernos de Derecho Local, núm. 33/2013, págs. 77-89.

Pérez Martínez, Diego

Reflexiones sobre el nuevo régimen de pagos en los contratos administrativos en: Contratación Administrativa Práctica, núm. 127/2013, págs. 74-81.

Ramió Matas, Carles

Estrategias para la modernización del acceso a la función pública en: Nuevas Políticas Públicas, núm. 7/2012, págs. 129-144.

Ríos Sanagustín, José Antonio

Análisis de la encomienda de gestión a sociedades consideradas medio propio por los entes locales. Un paso más, la subcontratación en: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 20/2013, págs. 1944-1956.

Rivero Ortega, Ricardo; Merino Estrada, Valentín

La necesidad de innovación para un buen gobierno local en: Revista de Estudios Locales, núm. 157/2013, págs. 10-22.

Rivero Ortega, Ricardo; Merino Estrada, Valentín

La reforma del Régimen Local en España: necesidad, alcance, orientación y contenidos básicos en: Revista de Estudios Locales, núm. 162/2013, págs. 10-30.

Sánchez González, Juan Francisco

La problemática de la protección jurisdiccional de la autonomía local: análisis de la STC 121/2012 en: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 15-16/2013, págs. 1529-1545.

Sánchez Goyanes, Enrique

El modulado régimen del suelo urbano en la nueva reforma de la legislación estatal sobre urbanismo en: Revista de Estudios Locales, núm. 159/2013, págs. 12-25.

Serrano Acitores, Antonio

La batalla entre los operadores de telefonía móvil y los Ayuntamientos por la aplicación de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local en: Actualidad Administrativa, núm. 10/2013, págs. 1260-1282.

Simón Yarza, Fernando

La reestructuración del mapa local: el papel de las provincias (del 'coste estándar' al 'coste efectivo') en: Cuadernos de Derecho Local, núm. 33/2013, págs. 56-65.

Yáñez Sánchez, Guillermo

Propuesta de mejora en la gestión de los procedimientos negociados en: Contratación Administrativa Práctica, núm. 127/2013, págs. 112-116.



*Los manchegos Álvaro Quijano y Dulcinea Lorenzo ya nos son tan familiares como nosotros a ellos. No en vano están en la recta final de su extenso y dilatado recorrido por la bellísima provincia de Granada. Ahora están a punto de iniciar la que, desde el punto de vista convencional, es la última comarca del recorrido que han diseñado para conocer estas milenarias tierras. Dulcinea y Álvaro, cuando completen su recorrido, se habrán empapado tanto del ser granadino y andaluz que apenas diferenciarán sus conocimientos de los muy abundantes y precisos por los que son conocidos en su maestría en el manejo de la obra *El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*, del inmortal don Miguel de Cervantes, su paisano. Porque, reiteraremos una vez más, que su convencimiento sobre el nacimiento del mejor escritor de todos los tiempos en lengua castellana lo consideran probado: sostienen, con diversos autores, que nació en Alcázar de San Juan, en cuya parroquia de Santa María La Mayor en el Libro 1º de Bautismos figuran tanto él como otros tres hermanos. Sabido es que en aquellos tiempos no existían partidas ni registros de nacimientos.*

AL SUR DE DESPEÑAPERROS, LA ANDALUZA GRANADA (8ª)

En sus memorias y durante los días dedicados a recorrer la ciudad de Granada y las comarcas de su provincia, siempre revolotea con agrado el pasaje donde el caballero andante se encuentra en un camino con otro viajero y le pregunta: “¿y vuesa merced, a dónde camina?”, “Yo señor, voy a Granada, que es mi patria”; “Y buena patria”, le respondió Don Quijote.

Y así lo están corroborando en este espléndido recorrido Álvaro y Dulcinea, naturales de Argamasilla de Alba, provincia de Ciudad Real, y de El Toboso, provincia de Toledo, que no dudaron tras conocer este aserto quijotesco en descubrir la “buena patria” que pregonó Don Quijote de Granada y su provincia.

Alhama de Granada: Tierras de Romances



Anejo a los valores intrínsecos de la tierra otrora de Al Andalus, dimanantes de este dilatado mestizaje de civilizaciones –no olvidemos la antigua Garnatha Alyejud judía del siglo VIII– la provincia de Granada presenta el de ser motivo y punto de partida de la España actual, de la nación como Estado moderno. Concepto que adquiere plenitud para toda Europa con las monarquías

absolutas y aquí con los Reyes Católicos tras la Conquista o Reconquista de Al-Andalus, que tiene como hito final la Toma de la ciudad de Granada en 1492 (la Garnata árabe fundada por los musulmanes en el siglo VIII). Ocho años antes lo había sido la ciudad de Alhama de Granada, cuya toma por las huestes cristianas queda para la historia en el “Romance de la pérdida de Alhama”: Paseábase el Rey Moro/ por la ciudad de Granada/ desde la Puerta de Elvira/ hasta la de Bibarrambla/. ¡Ay de mi Alhama!/. Cartas le fueron venidas/ cómo Alhama era ganada/ las cartas echó al fuego/ y al mensajero matara/. ¡Ay de mi Alhama! Esta estrofa es el origen de la tan manida frase hoy, muy traída a colación principalmente por los periodistas cuando nos sentimos “ofendidos” porque los aludidos en una información por la que se sienten injustamente perjudicados, arremeten contra el autor de la publicación. Nuestra defensa suele ser la de argüir que se trata de “matar al mensajero”, no de hacer frente a las consecuencias de una conducta reprobable reflejada en la información.

Descabalga de una mula
y en un caballo cabalga,
por el Zacatín arriba
subido se había al Alhambra

¡Ay de mi Alhama!

Como en el Alhambra estuvo
al mismo punto mandaba
que se toquen sus trompetas
sus añafiles de plata.

¡Ay de mi Alhama!

Y que las cajas de guerra
aprieta toquen alarma,
porque lo oigan sus moros,
los de la Vega y Granada

¡Ay de mi Alhama!

Los moros que el son oyeron
que al sangriento Marte llama
uno a uno y dos a dos
juntando se ha gran batalla.

¡Ay de mi Alhama!

Allí hablo un moro viejo,
de esta manera hablara:
“¿Para qué nos llamas, rey,
Para qué es esta llamada?”

¡Ay de mi Alhama!

Habéis de saber, amigos,
una nueva desdichada;
que cristianos de braveza
ya nos han ganado Alhama

¡Ay de mi Alhama!

Allí habló un alfaquí
de barba crecida y cana:
-¡Bien se te emplea, buen rey;
buen rey, bien se te empleara!

¡Ay de mi Alhama!

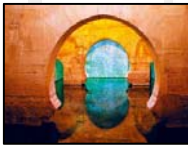
Mataste los Bencerrajes,
que eran la flor de Granada;
cogiste los tornadizos
de Córdoba la nombrada.

¡Ay de mi Alhama!

Por eso mereces, rey,
una pena muy doblada,
que te pierdas tú y el reino,
y aquí se pierda Granada-

¡Ay de mi Alhama!

Las Tierras de Alhama-Temple, nombre éste que toma de la Orden de los Templarios, y de Loja, situadas al sureste de la provincia lindando con la de Málaga, es una comarca muy árida en general, que contrasta con parajes de singular belleza en los alrededores de Loja, donde existen numerosas fuentes y manantiales de agua. Pérez del Álamo, Ib Al Jatib, Narváez, son algunos de sus hijos. Historia, paisaje, tradición y monumentalidad hacen de Alhama, con sus baños árabes y afamado Tajo sobre el río de su mismo nombre, lugar singular para el turismo y el descanso. Los terremotos denominados “de Andalucía” en 1884 y la epidemia de cólera del siguiente año mermaron en casi la mitad la población de la comarca.



MORO ALCAIDE, MORO ALCAIDE

...De haberse Alhama perdido
mí me pesa en el alma,
que si el Rey perdió su tierra
yo perdí mi honra y fama.
Perdí hijos y mujer,
las cosas que más amaba;
perdí una hija doncella
que era la flor de Granada.
El que la tiene cautiva

Marqués de Cádiz se llama,
cien doblas le doy por ella,
no me las estima en nada.
La respuesta que me han dado
es que mi hija es cristiana
y por nombre le habían puesto
Doña María de Alhama.
El nombre que ella tenía
Mora Fátima sellama...

Antonio Mora de Saavedra
Periodista



ACTUALIDAD INFORMATIVA CEMCI

La Actualidad Informativa CEMCI constituye una novedad editorial de este Centro, cuya estructura y funcionalidad ya estaba prevista en el Plan de Actividades del CEMCI para el año 2012.

El objetivo principal de esta publicación es la actualización de los contenidos de la Revista CEMCI, haciendo llegar a nuestros suscriptores y colaboradores en general la información sobre la actualidad más reciente, noticias tanto de carácter formativo o doctrinal, así como las novedades o reformas legislativas que surgen día a día.

La temática que incluya cada número dependerá del momento e idoneidad del mismo, así como de la urgencia o necesidad de tratar una información determinada.

La Actualidad Informativa CEMCI es una publicación electrónica, de periodicidad quincenal y difusión mediante correo electrónico. Se puede acceder a su contenido mediante suscripción a las mismas, o bien a través de la Revista CEMCI.

Actualidad Informativa