

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 funcionarios 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 11^a 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*”.

