

APROXIMACIÓN A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL EN EL MARCO DE LA LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

Joaquín Miguel BURGAR ARQUIMBAU

*Adjunto a Dirección. Servicio Provincial de Asistencia a Municipios.
Excm. Diputación Provincial de Castellón*

Trabajo de evaluación presentado al Curso Monográfico de Estudios Superiores: La Ley de Transparencia y su Aplicación a las Entidades Locales. “Granada, de febrero a marzo de 2014. CEMCI.

“Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados”

Immanuel Kant (La paz perpetua)

SUMARIO:

1. Introducción, planteamiento general y objetivos.
2. Derecho a la protección de datos de carácter personal.
3. Derecho de acceso a la información pública.
4. Relaciones entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la protección de datos de carácter personal, en el marco de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN, PLANTEAMIENTO GENERAL Y OBJETIVOS.

Finalmente, tras una ardua (y por momentos, mediática) tramitación parlamentaria, el Boletín Oficial del Estado núm. 295, de 10 de diciembre de 2013, publicaba la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTAIP).

La LTAIP, de acuerdo con lo indicado en su Preámbulo (apartado I), persigue un triple objetivo:

- a) Incrementar y reforzar la transparencia en la actividad pública, a través de las obligaciones de publicidad activa.
- b) Reconocer y garantizar el derecho de acceso a la información pública.
- c) Establecer las condiciones de “buen gobierno” que han de observar los responsables públicos, así como las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de aquéllas.

La mera lectura de los objetivos de la LTAIP enunciados en su Preámbulo evidencia que la misma posee un carácter transversal, en la medida en que *«la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política»* (Preámbulo, apartado I); por ello resulta posible afirmar que los principios y enunciados contenidos en la LTAIP están llamados a informar el conjunto de la actividad pública, en consonancia con los principios inspiradores contenidos en el artículo 1, párrafo segundo, del Tratado de la Unión Europea¹.

Y ello porque, como afirma la propia LTAIP, *«sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones, podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente, y que demanda participación de los poderes públicos»* (Preámbulo, apartado I). Por este motivo, LTAIP introduce por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, con carácter específico, una regulación general relativa a la transparencia de la actividad pública², y lo hace *«desde una doble perspectiva: la publicidad activa y el derecho de acceso a la información pública»* (Preámbulo, apartado III).

¹ De acuerdo con el artículo 1, párrafo segundo, *in fine*, del Tratado de la Unión Europea (hecho en Maastricht, a 07 de febrero de 1992) en el seno de la Unión Europea *«las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible»*.

² Manifiesta el apartado II del Preámbulo de la Ley que ésta *«no parte de la nada ni colma un vacío absoluto, sino que ahonda en lo ya conseguido»*, citando como precedentes, en tal sentido, el desarrollo de las previsiones del artículo 105.b) de la Constitución Española llevado a cabo por el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, o las previsiones contenidas en normas sectoriales, tales como la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, o (más tangencialmente) la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

Lo cierto es que, en realidad, la LTAIP constituye la primera legislación específica que regula con carácter general la transparencia de la actividad pública y el ejercicio del derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad obrante en el seno del sector público, por lo que sí viene a colmar un notorio vacío existente, hasta su aprobación, en el ordenamiento jurídico español.

Como afirma el Consejo de Estado en su Informe de 19 de julio de 2012 al (entonces) Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, *«la Ley responde a la necesidad de establecer una regulación general y amplia en materia de transparencia, en su doble vertiente de publicidad activa y derecho de acceso a la información pública, similar a la existente en la mayoría de los países de nuestro entorno»*³.

Así, la LTAIP *«configura de forma amplia el derecho de acceso a la información pública, del que son titulares todas las personas y que podrá ejercerse sin necesidad de motivar la solicitud»* (Preámbulo, apartado III). No obstante, este derecho se encuentra sometido a determinados límites, derivados ya sea de la propia naturaleza de la información cuyo acceso se solicita, ya sea por su entrada en conflicto con otros intereses jurídicamente protegidos; y en este sentido, *«dado que el acceso a la información puede afectar de forma directa a la protección de los datos personales, la Ley aclara la relación entre ambos derechos estableciendo los mecanismos de equilibrio necesarios. Así, por un lado, en la medida en que la información afecte directamente a la organización o actividad pública del órgano prevalecerá el acceso, mientras que, por otro, se protegen –como no puede ser de otra manera– los datos que la normativa califica como especialmente protegidos, para cuyo acceso se requerirá, con carácter general, el consentimiento de su titular»* (Preámbulo, apartado III).

En efecto, como afirma la Agencia Española de Protección de Datos en su Informe de 05 de junio de 2012, en relación con el (entonces) Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, *«resulta innegable la incidencia de las cuestiones reguladas por el Título I del Anteproyecto en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, consagrado inicialmente por el artículo 18.4 de la Constitución y desarrollado en cuanto a su naturaleza y perfiles por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional»*. Por ello, *«el establecimiento de un régimen específico de divulgación de la información de que*

³ Informe del Consejo de Estado, de 19 de julio de 2012, al Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, consideración III («Alcance del Anteproyecto»).

El vacío existente en el ordenamiento jurídico español (al que se ha hecho referencia en la nota precedente), con el consiguiente déficit democrático derivado del mismo, resulta claramente apreciable (y por ello, más hiriente) en comparación con las regulaciones existentes en la práctica totalidad de los países no sólo de nuestro entorno (como afirma el Consejo de Estado), sino también de zonas como América Central y del Sur, Asia, África y Oceanía. A este respecto, GUICHOT REINA afirma que en el momento actual *«se ha generalizado a nivel mundial la existencia de leyes de transparencia y acceso a la información»* (GUICHOT REINA, Emilio. *«Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas»*, Fundación Alternativas, Documento de Trabajo 170/2011; pág. 9).

disponen las Administraciones Públicas debe resultar congruente con los principios que conforman el derecho fundamental a la protección de datos»⁴.

Como afirma GUICHOT REINA⁵ *«el derecho de acceso a la información administrativa y el derecho a la protección de datos (...) convergen en un punto de conexión, la divulgación por autoridades públicas de información que contiene datos personales, lo que requiere dilucidar cuál es la normativa aplicable».*

Éste y no otro es el objetivo del presente estudio: ofrecer una primera aproximación a la regulación relativa a la protección de datos de carácter personal contenida en el marco de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, a fin de (intentar) alcanzar una interpretación armónica e integrada de ambos derechos o intereses en el seno de aquélla, que facilite al operador jurídico (que, en ocasiones, podrá encontrarse actuando en la condición de responsable del fichero o del tratamiento, o quizá, de encargado de éste último) la correcta aplicación de sus previsiones.

2. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.

2.1. Configuración.

El derecho a la protección de datos de carácter personal se encuentra estrechamente vinculado con el derecho fundamental a la intimidad personal⁶, hasta el punto de que el Tribunal Constitucional⁷ lo ha configurado como un *«instituto de garantía»* de éste, como una *«respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona»*, derivada *«de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos»*; pero al mismo tiempo, el derecho a la protección de datos de carácter personal *«es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona*

⁴ Informe de la Agencia Española de Protección de Datos, de 05 de junio de 2012, al Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, apartado II.

⁵ GUICHOT REINA, Emilio. *«Transparencia Versus Protección de Datos»*; texto de la Ponencia impartida en el marco del VI Congreso Anual de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Palma de Mallorca, 12 de febrero de 2011; pág. 41.

⁶ Y de forma mediata, con otros derechos y principios fundamentales vinculados al mismo, tales como, a título meramente ejemplificativo, el principio de igualdad, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, el derecho a la libertad (tanto física, como ideológica, religiosa y de culto) y el derecho al honor.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993, de 20 de julio (Fundamento de Derecho Sexto).

provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama “la informática”».

En consecuencia, y a la luz de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, resulta posible afirmar que el derecho a la protección de datos de carácter personal es un derecho fundamental consagrado por el artículo 18.4 del Texto Constitucional⁸, de carácter autónomo respecto al derecho fundamental a la intimidad personal, con el cual, no obstante, se encuentra estrechamente vinculado hasta el punto de constituir un instituto de garantía de éste último.

En efecto, en su posterior evolución jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha puesto un especial énfasis en perfilar la naturaleza, función, contenido y alcance de uno y otro derecho fundamental, si bien, y con todo, la supuesta autonomía del derecho fundamental a la protección de datos respecto del derecho fundamental a la intimidad personal resulta más que discutible, toda vez que el propio Tribunal Constitucional reconoce que la delimitación del sentido y alcance específico del primero ha de abordarse «a partir del contenido del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE)»⁹.

Sin perjuicio de ello, y de acuerdo con la construcción llevada a cabo por el Tribunal Constitucional, pueden establecerse (siquiera sea someramente) las siguientes notas definitorias del derecho fundamental a la protección de datos:

a) constituye, como ya se ha indicado, un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor, y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos, siendo, además, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental¹⁰;

b) su función es otorgar a la persona «un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado», de tal modo que si «el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno, ... el derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos»¹¹;

⁸ Artículo 18.4 de la Constitución Española:
«La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre (Fundamento de Derecho Tercero).

¹⁰ Sentencias del Tribunal Constitucional 254/1993, de 20 de julio (Fundamento de Derecho Sexto), y 292/2000, de 30 de noviembre (Fundamento de Derecho Quinto).

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre (Fundamento de Derecho Sexto).

c) el bien jurídico protegido por del derecho fundamental a la protección de datos *«no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales ... Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, ... los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo»¹²;*

d) por último, *«el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales (...) se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos»¹³.*

2.2. Marco normativo.

En cualquier caso, y más allá del carácter *iusfundamental* del derecho a la protección de datos de carácter personal, o de su conexión o (in)dependencia respecto del derecho fundamental a la intimidad personal, lo cierto es que nos encontramos ante un derecho cuyo reconocimiento se ha cuasi generalizado en el momento presente.

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre (Fundamento de Derecho Sexto).

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre (Fundamento de Derecho Séptimo).

Así, en el seno del Consejo de Europa, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) viene a reconocer el derecho a la protección de datos de carácter personal, si bien derivándose éste del derecho al respeto a la vida privada y familiar¹⁴ (artículo 8 del CEDH); posteriormente, y sobre la base del propio artículo 8 del CEDH, se adoptaría el Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento automatizado de datos de carácter personal, ya como instrumento de protección específico en la materia.

En el seno del Derecho comunitario, el derecho a la protección de datos de carácter personal se configura como un derecho fundamental y de carácter autónomo respecto del derecho a la intimidad personal, a través del artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁵, a la que el Tratado de Lisboa¹⁶ asigna el mismo valor jurídico que los Tratados.

No obstante, no fue ésta la primera regulación del derecho a la protección de datos de carácter personal en el seno de las Instituciones comunitarias, sino que la misma se produjo a través de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; la cual, a su vez, reconoce expresamente traer causa (además de, lógicamente, en los Tratados comunitarios) en la CEDH y en el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981. Del mismo modo, cabe hacer referencia al Reglamento (CE) núm. 45/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos

¹⁴ Véase, por todas, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 07 de julio de 1989, en el denominado caso *Gaskin* (Gaskin – Reino Unido (serie A nº 160)).

¹⁵ Artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (hecha en Niza el 07 de diciembre de 2000):

«1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.

2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.

3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.»

¹⁶ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Unión Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (entrada en vigor, 01 de diciembre de 2009). Conforme a lo dispuesto en su apartado 8), el artículo 6.1, párrafo primero, del Tratado de la Unión Europea queda redactado de la siguiente forma:

«La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.»

personales por las instituciones y los organismos de la Comunidad y sobre la libre circulación de estos datos.

Asimismo, conviene indicar que la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha jugado un papel decisivo en la construcción del acervo comunitario en la materia y en su aplicación por parte de los Estados miembros.

Por último, a nivel nacional, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, fue la norma pionera en la regulación de la protección de los datos de carácter personal, manteniéndose en vigor hasta el 14 de enero de 2000, fecha de entrada en vigor de la actual Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD), la cual, a su vez, ha sido objeto de desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

3. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

3.1. Configuración.

Al igual que ocurre en el ámbito del derecho a la protección de datos de carácter personal, en el derecho de acceso a la información pública concurren dos elementos que condicionarán la propia configuración del mismo:

- a) De una parte, su estrecha vinculación con otros derechos y libertades constitucionalmente protegidos, en particular, con la libertad de información, consagrada en el artículo 20 de nuestro Texto Constitucional¹⁷ (y de forma mediata o indirecta, con la libertad de expresión, reconocida igualmente por el artículo 20 de la Constitución Española, y con el derecho fundamental a la

¹⁷ Resulta cuando menos curioso comprobar como el propio Texto Constitucional parece anunciar el conflicto entre el derecho a la protección de datos de carácter persona y el derecho de acceso a la información pública o, por mejor decir, de los derechos fundamentales a los que aquéllos aparecen tradicionalmente asociados: el derecho a la intimidad y la libertad de información, respectivamente.

En efecto, el apartado 4 del artículo 20 de la Constitución Española establece que las libertades contempladas en el citado artículo (entre ellas, la libertad (o derecho) a recibir información veraz por cualquier medio de difusión), «*tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.*».

participación en los asuntos públicos, reconocido por el artículo 23.1 de la Carta Magna).

b) De otra parte, y como cuestión directamente derivada de la anterior, el carácter *iusfundamental* (o no) del derecho de acceso a la información pública.

En relación a tales cuestiones conviene indicar que diversos instrumentos internacionales han residenciado el derecho de acceso a la información pública en el seno del derecho a las libertades de expresión y/o información; así, por ejemplo, el Convenio 205 del Consejo de Europa, de 18 de junio, sobre acceso a los documentos públicos, reconoce en su Preámbulo, como elemento inspirador del texto, al artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁸, relativo a la libertad de información. Dicho Convenio es fruto del reconocimiento por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del derecho de acceso a la información pública como integrante del derecho fundamental a la libertad de expresión e información¹⁹, consagrada, a su vez, en el artículo 10 del CEDH²⁰.

No obstante, la cuestión relativa a la posible incardinación del derecho de acceso a la información pública en la libertad de información parece definitivamente resuelta por la propia LTAIP, que en su Preámbulo (apartado II) se reconoce tributaria de la previsión contenida en el artículo 105, letra b), de la Constitución Española, conforme al cual «*la ley regulará: ... b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la*

¹⁸ Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

«*Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.*»

¹⁹ Véase la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 10 de julio de 2006, en el asunto *Sdruzeni Jihoceske Matky – República Checa* (dec.), nº 19101/03. Más recientemente, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 14 de abril de 2009, en el asunto *Társaság a Szabadságjogokért – Hungría*, nº 37374/05, y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de mayo de 2009, en el asunto *Kenedi – Hungría*, nº 31475/05.

²⁰ Artículo 10 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH):

«*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.*

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.»

averiguación de los delitos y la intimidad de las personas», rechazando, en consecuencia, cualquier anclaje *iusfundamental* del derecho de acceso a la información pública.

Lo cierto es que la opción adoptada por el legislador, haciendo derivar el derecho de acceso de la previsión contenida en el artículo 105, letra b), de la Constitución Española, es consecuente con la jurisprudencia emanada tanto del propio Tribunal Constitucional²¹, como del Tribunal Supremo, si bien éste último reconoce expresamente, si bien no el carácter constitucional del derecho de acceso, sí su estrecha relación con la libertad de información²².

Por lo demás, este es el criterio sostenido igualmente por la Agencia Española de Protección de Datos, que en su Informe de 05 de junio de 2012 al Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, afirma expresamente que *«el derecho de acceso a la información pública, aun siendo una granaría esencial de funcionamiento de un Estado democrático, no aparece incluido en el catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas recogido por la Constitución»*²³, así como por el Consejo de Estado en su Informe de 19 de julio de 2012 al mismo Anteproyecto de Ley, si bien éste último reconoce expresamente que el derecho de acceso a la información pública *«enlaza con las declaraciones y mandatos contenidos en otros preceptos de la Norma Fundamental (así, con los artículos 1.1, 9.2, 20 y 10.2, preceptos que habría de mencionarse expresamente en la Exposición de Motivos)»*²⁴.

3.2. Marco normativo.

Los notorios paralelismos existentes entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la protección de datos de carácter personal se manifiestan, nuevamente, en el marco jurídico regulador de ambos derechos, habiendo sido también el derecho de acceso a la información pública objeto un reconocimiento cuasi generalizado en el estado actual del Derecho, del mismo modo que se indicó anteriormente respecto del derecho a la protección de datos de carácter personal.

²¹ Véase, por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 144/1999, de 22 de julio (Fundamento de Derecho Octavo).

²² Véase, por todas, Sentencia del Tribunal Supremo 3359/2003, de 19 de mayo de 2003 (Ponente: Manuel GODED MIRANDA; Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto).

²³ Informe de la Agencia Española de Protección de Datos, de 05 de junio de 2012, al Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, apartado X.

²⁴ Informe del Consejo de Estado, de 19 de julio de 2012, al Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, consideración III («Alcance del Anteproyecto»).

Así, en el seno del Consejo de Europa, el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido y regulado por el Convenio 205 del Consejo de Europa, de 18 de junio, sobre acceso a los documentos públicos (ya citado anteriormente²⁵), lo que supone la positivización, fundamentalmente, de los principios ya enunciados previamente en la Recomendación Rec (2002) 2, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre acceso a los documentos públicos, adoptada el 21 de febrero de 2002.

Del mismo modo, en el ámbito del Derecho comunitario, el derecho de acceso a la información pública goza de un doble reconocimiento y al mayor nivel: en efecto, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce entre los “*derechos de ciudadanía*” el derecho de todo ciudadano de la Unión, y de toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio en un Estado miembro, a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (artículo 42), mientras que por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea reconoce expresa y autónomamente el derecho de acceso a la información pública en su artículo 15.3²⁶.

Aún dentro del ámbito del Derecho comunitario resulta obligado citar el Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, constituyendo este Reglamento una regulación específica relativa al derecho de acceso a la información pública en el ámbito del Derecho comunitario.

²⁵ Vid. Apartado 3.1.

²⁶ Artículo 15.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:

«3. Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con el presente apartado.

El Parlamento Europeo y Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, determinarán mediante reglamentos los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos.

Cada una de las instituciones, órganos u organismos garantizará la transparencia de sus trabajos y elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos, de conformidad con los reglamentos contemplados en el párrafo segundo.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones sólo estarán sujetos al presente apartado cuando ejerzan funciones administrativas.

El Parlamento Europeo y el Consejo garantizarán la publicidad de los documentos relativos a los procedimientos legislativos en las condiciones establecidas por los reglamentos contemplados en el párrafo segundo».

Por último, por lo que se refiere al ordenamiento interno, el desarrollo directo de las previsiones contenidas en el artículo 105, letra b), de la Constitución Española, prescindiendo de antecedentes más remotos y de la regulación parcial llevada a cabo por diversas Leyes sectoriales²⁷, ha venido referido tradicionalmente a las previsiones contenidas en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. No obstante, como es sabido, el primer desarrollo de carácter específico con vocación de generalidad de aquellas previsiones constitucionales, se residencia actualmente en la Ley 19/2013, de 09 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

4. RELACIONES ENTRE EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL, EN EL MARCO DE LA LEY 19/2013, DE 09 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO.

4.1. Consideraciones previas.

La LTAIP dedica específicamente su artículo 15 a regular las relaciones entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la protección de datos de carácter personal, a fin de obtener una interpretación armónica, integrada y proporcionada de ambos derechos en su seno.

No obstante, conviene efectuar con carácter previo al análisis de la regulación contenida en el citado precepto legal, una precisión de indudable alcance: la regulación contenida en el artículo 15 de la LTAIP, al contrario de lo que *prima facie* pudiera parecer, no resultará de aplicación únicamente al derecho de acceso a la información pública regulado por el Capítulo III del Título I de la LTAIP (en cuyo seno se inserta el citado artículo 15 de la Ley), sino que por el contrario resultará aplicable al conjunto de previsiones relativas a la transparencia de la actividad pública, incluyendo el conjunto de previsiones reguladoras de la publicidad activa, por cuanto que el artículo 5.3 de la LTAIP (regulador de los principios generales de la publicidad activa) establece que «*serán de aplicación, en su caso, los límites al derecho de acceso a la información*

²⁷ Véase, a título de ejemplo, por constituir la construcción normativa más relevante y específica a nivel sectorial, la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

pública previstos en el artículo 14 y, especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal, regulado en el artículo 15. A este respecto, cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad sólo se llevará a cabo previa disociación de los mismos».

En consecuencia, el derecho a la protección de datos de carácter personal se configura de este modo con un auténtico principio general informador del conjunto de las previsiones de la LTAIP en lo que se ha dado en denominar “*transparencia de la actividad pública*”, en su doble vertiente de publicidad activa y derecho de acceso a la información pública.

Sentada esta premisa inicial, procede seguidamente analizar el contenido concreto del derecho a la protección de datos de carácter personal en el marco de la LTAIP.

A este respecto, el artículo 15 de la LTAIP dispone:

«1. Si la información solicitada contuviera datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso.

Si la información incluyese datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, o datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevasen la amonestación pública al infractor, el acceso sólo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquél estuviera amparado por una norma con rango de Ley.

2. Con carácter general, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano.

3. *Cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.*

Para la realización de la citada ponderación, dicho órgano tomará particularmente en consideración los siguientes criterios:

- a) *El menor perjuicio a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.*
- b) *La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.*
- c) *El menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquéllos.*
- d) *La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad.*

4. *No será aplicable lo establecido en los apartados anteriores si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas.*

5. *La normativa de protección de datos personales será de aplicación al tratamiento posterior de los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso.»*

Como puede apreciarse, el artículo 15 de la LTAIP contiene, con vocación de completitud, el marco jurídico regulador de las relaciones entre transparencia de la actividad pública y derecho a la protección de datos de carácter personal, integrando en

una sola regulación las exigencias derivadas del Texto Constitucional (en el que ambas instituciones encuentran su fundamento último), de las normas dictadas en desarrollo del mismo, así como del acervo comunitario en la materia; en esta labor de integración ha sido fundamental la participación de la Agencia Española de Protección de Datos, hasta el punto de que buena parte de la redacción definitiva del artículo 15 de la LTAIP es el resultado de la propuesta formulada por aquélla en su Informe de 05 de junio de 2012 al Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Sentado lo anterior, y la luz del tenor del artículo 15 de la LTAIP, resulta posible afirmar que el legislador ha venido a establecer diferentes grados o niveles de protección de los datos de carácter personal en el marco de la transparencia de la actividad pública, en función del régimen aplicable a los mismos en la normativa reguladora de aquélla protección, distinguiendo así entre (a) datos de carácter personal especialmente protegidos, (b) otros datos de carácter personal, y (c) datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano.

4.2. Datos de carácter personal especialmente protegidos.

El apartado 1 del artículo 15 de la LTAIP contempla aquellos supuestos en los que el ejercicio del derecho de acceso a la información pública pudiera afectar a datos de carácter personal especialmente protegidos, en íntima conexión con la regulación contenida, a su vez, en el artículo 7 de la LOPD.

En efecto, el artículo 7 de la LOPD contempla, a su vez, tres categorías de datos especialmente protegidos:

a) En primer lugar, y en desarrollo directo del mandato contenido en el artículo 16.2 de la Constitución Española²⁸, el artículo 7.2 de la LOPD establece que aquellos datos de carácter personal que revelen la ideología, filiación sindical, religión y/o creencias, únicamente podrán ser objeto de tratamiento «*con el consentimiento expreso y por escrito del afectado*».

b) En segundo lugar, conforme al apartado 3 del artículo 7 de la LOPD, «*los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a*

²⁸ Artículo 16.2 de la Constitución Española:
«*Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.*»

la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente».

c) Por último, conforme al artículo 7.5 de la LOPD *«los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras».*

Como resulta fácilmente apreciable, la regulación contenida por el artículo 15.1 de la LTAIP se encuentra estrechamente vinculada a la regulación contenida, a su vez, por el artículo 7 de la LOPD, procediéndose a través del primero a efectuar una interpretación integradora de las exigencias derivadas del segundo en el marco de la transparencia de la actividad pública. No obstante, a fin de alcanzar un correcto entendimiento del conjunto normativo expuesto, resulta aconsejable analizar separadamente aquéllas categorías.

4.2.1. Datos de carácter personal que revelen la ideología, filiación sindical, religión y/o creencias del afectado.

Como se ha indicado, conforme al artículo 7.2 de la LOPD, *«sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias».*

En relación a esta previsión legal, en relación con la contenida a su vez en el artículo 15.1, párrafo primero, de la LTAIP, resulta necesario efectuar las siguientes precisiones:

a) Consentimiento del afectado.

El artículo 3, letra h), de la LOPD, define el consentimiento del interesado o afectado como *«toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen»*; en consecuencia, resultará necesaria la concurrencia de los cuatro elementos indicados en el precepto transcrito para que el consentimiento prestado por el interesado se ajuste a las exigencias requeridas para el mismo.

En este sentido, la Agencia Española de Protección de Datos ha precisado la interpretación que ha de darse a cada una de las cuatro notas características del consentimiento²⁹; así, éste habrá de ser:

a) Libre, lo que supone que el mismo deberá haber sido obtenido sin la intervención de vicio alguno del consentimiento en los términos regulados por el Código Civil.

b) Específico, es decir, referido a una determinada operación de tratamiento y para una finalidad determinada, explícita y legítima del responsable del tratamiento (en los términos del artículo 4.2 de la LOPD³⁰).

c) Informado, lo que comporta que el afectado conozca con anterioridad al tratamiento la existencia del mismo y las finalidades para las que el mismo se produce (en los términos del artículo 5.1, párrafo primero, de la LOPD³¹).

d) Por último, el consentimiento habrá de ser inequívoco, lo que implica que no resulta admisible deducir el consentimiento de los meros actos realizados por el afectado; no obstante, la Agencia Española de Protección de Datos ha admitido la posibilidad de que el consentimiento pueda ser prestado por el interesado o afectado de forma tácita, si bien para que dicho consentimiento tácito pueda, a su vez, ser considerado inequívoco, «*será preciso otorgar al afectado un plazo prudencial para que pueda claramente tener conocimiento de que su omisión de oponerse al tratamiento implica un consentimiento al mismo*».

b) Consentimiento expreso y escrito.

²⁹ Informe de la Agencia Española de Protección de Datos 2000-0000, «*Caracteres del consentimiento definido por la LOPD (nivel 4)*».

³⁰ Conforme al artículo 4.2 de la LOPD, «*los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos*».

³¹ Conforme al artículo 5.1, párrafo primero, de la LOPD, «*los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:*

- a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.*
- b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.*
- c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.*
- d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.*
- e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.»*

Como excepción manifiesta a la admisibilidad del consentimiento tácito, la propia Agencia Española de Protección de Datos precisa que el consentimiento a prestar por el interesado cuando se trate de datos especialmente protegidos a los que hace referencia el artículo 7, apartados 2 y 3, de la LOPD, habrá de ser, en todo caso, expreso.

Esta exigencia se manifiesta, igualmente, en el artículo 15.1 de la LTAIP, trasunto en el ámbito de la transparencia pública de las exigencias establecidas por la LOPD en relación a los datos de carácter personal merecedores de una especial protección, de tal forma que en aquellos supuestos en los que el ejercicio del derecho de acceso a la información pública pudiere afectar a los mismos, habrá siempre de mediar el consentimiento expreso del afectado; a mayor abundamiento, cuando tales datos especialmente protegidos sean los relativos a la ideología, filiación sindical, religión y/o creencias del afectado, dicho consentimiento expreso habrá, además, de manifestarse por escrito (artículo 15.1, párrafo primero, de la LTAIP, y artículo 7.2 de la LOPD), lo que supone otorgar al consentimiento del afectado un carácter reforzado al exigir su constancia escrita.

c) Previa manifestación pública de los datos.

No obstante, no sólo el consentimiento expreso y por escrito del afectado permitirá el acceso a los datos relativos a su ideología, filiación sindical, religión y/o creencias, sino que dicho acceso resultará igualmente posible en el caso de que el propio afectado *«hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso»*, de conformidad con lo previsto por el artículo 15.1, párrafo primero, *in fine*, de la LTAIP.

En relación a la previa manifestación pública por parte del afectado de los datos relativos a su ideología, filiación sindical, religión y/o creencias, debe destacarse la circunstancia de que en el tenor del artículo 7 de la LOPD no se establece previsión alguna en sentido análogo a la contenida en el artículo 15.1 de la LTAIP. Ello es debido a que su adición al tenor de la LTAIP no deriva de la propia LOPD, sino que por el contrario supone una transposición en el marco de la transparencia de la actividad pública de lo establecido, a su vez, por el artículo 8.2, letra e), de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en la que tras prohibirse expresamente *«el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones*

políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad»³², se establece seguidamente, y como excepción (entre otros supuestos), aquellos en los que «el tratamiento se refiera a datos que el interesado haya hecho manifiestamente públicos»³³.

En definitiva, nos hallamos ante una excepción de importante calado al régimen general conforme al cual al acceso a los datos relativos a la ideología, filiación sindical, religión y/o creencias del afectado únicamente resultará posible de mediar el consentimiento expreso y por escrito del éste; excepción, por lo demás, que aparece contemplada en la LTAIP pero no así en el artículo 7 de la LOPD, y que en última instancia derivada de una norma supranacional como es la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995.

Pues bien, a fin de dotar al conjunto normativo expuesto de una interpretación integradora, la Agencia Española de Protección de Datos, en Informe de 04 de agosto de 2009, precisaba:

«... los datos referidos a la ideología del afectado deberán quedar restringidos en su tratamiento a menos que el propio interesado levante esta restricción, renunciando a su derecho a no declarar acerca de su ideología política, pudiendo esta circunstancia derivarse de una manifestación explícita del consentimiento, referido a un determinado responsable que vaya a proceder al tratamiento y cesión de los datos de carácter personal, o a una manifestación pública del interesado, dirigido a una pluralidad indeterminada de destinatarios pero en ningún caso limitada a un ámbito concreto, en que aquél pone de manifiesto al común los datos referentes a su ideología política.

Teniendo estas circunstancias en consideración, la limitación establecida por el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 15/1999 ha de ser interpretada congruentemente con el derecho consagrado por el artículo 16.1 de la Constitución y con las precisiones establecidas en el artículo 8.2.e) de la Directiva 95/46/CE, dotadas de efecto directo, al establecer una excepción incondicionada de la regla general de limitación del tratamiento establecida en el apartado 1 de su artículo 8.»

³² Artículo 8.1 de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995.

³³ Artículo 8.2, letra e), de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995.

4.2.2. *Datos de carácter personal relativos al origen racial, a la salud y a la vida sexual del afectado, o a la comisión de infracciones penales o administrativas que no comporten amonestación pública al infractor.*

Por lo que se refiere a los datos de carácter personal contemplados en el artículo 7.3 de la LOPD, es decir, los relativos al origen racial, a la salud y a la vida sexual del afectado (los cuales, aún tratándose de datos merecedores de una especial protección, carecen de un asiento constitucional expreso), cabe indicar que de conformidad con el artículo 15.1, párrafo segundo, de la LTAIP, resultará posible el acceso a información que pudiese concernir a los mismos *«en el caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquél estuviera amparado por una norma con rango de Ley»*. Esta misma regulación resultará de aplicación, igualmente, a los datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevaran la amonestación pública al infractor (artículo 15.1, párrafo segundo, de la LTAIP, en relación con el artículo 7.5 de la LOPD.).

Como se indicó anteriormente, para el acceso a tales datos resultará en todo caso necesario el consentimiento expreso del afectado, sin que resulte admisible una suerte de consentimiento tácito en relación con el acceso a los mismos; consentimiento que, por lo demás, no precisa del carácter reforzado que exige su constancia escrita, como sí ocurre en el acceso a los datos personales relativos a la ideología, filiación sindical, religión y/o creencias del afectado.

No obstante, y como ocurría con éstos últimos, no sólo mediante el consentimiento expreso del afectado será posible el acceso a aquéllos datos, sino que conforme al inciso final del párrafo segundo del artículo 15.1 de la LTAIP, dicho acceso será igualmente posible, aún sin mediar el consentimiento del afectado, si *«estuviera amparado por una norma con rango de Ley»*. Esta previsión responde a las recomendaciones emanadas del Informe evacuado por la Agencia Española de Protección de Datos, en fecha 05 de junio de 2012, al Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública, y buen gobierno³⁴, en aras de dotar a la regulación contenida en la actual LTAIP de congruencia respecto a la regulación preexistente contenida en la LOPD, particularmente, en relación con el artículo 11.2, letra a), de ésta última, precepto al amparo del cual resulta posible la comunicación de datos de carácter personal a un tercero, sin necesidad de mediar el previo consentimiento del afectado, entre otros supuestos, *«cuando la cesión está autorizada*

³⁴ Informe de la Agencia Española de Protección de Datos, de 05 de junio de 2012, al Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, apartado IX.

en una ley» (siempre que tal comunicación lo sea para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario, conforme al artículo 11.1 de la propia LOPD).

Así pues, en los supuestos en los que el ejercicio del derecho de acceso a la información pública pudiera incluir, referirse o afectar a datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual del afectado, o a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevaran la amonestación pública al infractor, dicho acceso únicamente resultará posible cuando estuviese amparado por una norma con rango de Ley (formal), o de mediar el previo consentimiento expreso del afectado.

Sin perjuicio de ello, cabe preguntarse no obstante si, aún careciendo de previsión legal expresa al respecto, resultaría igualmente posible el acceso a los datos de carácter personal relativos al origen racial, a la salud y a la vida sexual del afectado si éste los hubiese hecho manifiestamente públicos con anterioridad a la solicitud de acceso, en consonancia así con la previsión contenida en el párrafo primero del propio artículo 15.1 de la LTAIP en relación a los datos de carácter personal relativos a la ideología, filiación sindical, religión y/o creencias del afectado. Y ante esta pregunta, parece que la respuesta habría de darse en sentido afirmativo, y ello por varios motivos:

a) En primer lugar, si datos de carácter personal especialmente protegidos, que a mayor abundamiento cuentan con un asiento constitucional expreso a través del artículo 16.2 de la CE, como son los relativos a la ideología, filiación sindical, religión y/o creencias del afectado, resultan accesibles cuando éste los hubiese hecho manifiestamente públicos con anterioridad a la solicitud de acceso, resulta lógico deducir que otros datos de carácter personal especialmente protegidos, carentes sin embargo de anclaje constitucional expreso, como son los relativos al origen racial, a la salud y a la vida sexual del afectado, no habrán de gozar de un régimen de protección superior a aquéllos (restringiendo en mayor medida los supuestos que permiten el acceso a los mismos) cuando los primeros sí merecen amparo constitucional y no así estos últimos.

b) En segundo lugar, la posibilidad de acceso a los datos especialmente protegidos consignados en el artículo 7.3 de la LOPD, cuando el afectado los hubiese hecho manifiestamente públicos, resulta igualmente congruente con la interpretación que sobre tales extremos ha llevado a cabo la propia Agencia Española de Protección de Datos en su ya citado Informe de 04 de agosto de

2009; en efecto, en dicho Informe se afirma que el levantamiento por el propio interesado de las restricciones de acceso a sus datos de carácter personal especialmente protegidos puede producirse ya sea mediante una manifestación explícita de consentimiento, ya sea mediante una manifestación pública del propio interesado, conclusiones que si bien en el citado informe aparecen referidas a los datos relativos a la filiación política del interesado, pueden resultar plenamente predicables respecto de los datos relativos a su origen racial, salud y/o vida sexual.

c) Por último, no debe olvidarse que la previsión contenida en el artículo 15.1, párrafo primero, de la LTAIP, conforme a la cual resulta posible el acceso a los datos relativos a la ideología, filiación sindical, religión y/o creencias del afectado cuando éste haya los haya hecho manifiestamente públicos con anterioridad la solicitud de acceso, no deriva de la LOPD sino por el contrario de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, concretamente de su artículo 8.2, letra e); precepto al cual la Agencia Española de Protección de Datos, en su Informe de 04 de agosto de 2009, ha otorgado, recordemos, efecto directo.

Pues bien, el artículo 8.2, letra e), de la Directiva 95/46/CE, constituye una excepción a la previsión general contenida en el artículo 8.1 de la propia Directiva, precepto conforme al cual *«los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad»*.

Como puede apreciarse, el precepto transcrito de la Directiva 95/46/CE otorga el mismo tratamiento jurídico a los datos de carácter personal contemplados, en la legislación nacional, en los apartados 2 y 3, respectivamente, del artículo 7 de la LOPD; de tal modo que si el artículo 8.2, letra e), de la Directiva 95/46/CE posee, como ha indicado la Agencia Española de Protección de Datos, efecto directo sobre la legislación nacional, el mismo recaerá sobre la totalidad de ésta última, resultando predicable en consecuencia la excepción contemplada en el precepto comunitario, no sólo respecto de los datos de carácter personal relativos a la ideología, filiación sindical, religión y/o

creencias del afectado (contemplados por el artículo 7.2 de la LOPD y, en el marco de la transparencia de la actividad pública, en el artículo 15.1, párrafo primero, de la LTAIP), sino también respecto de los datos de carácter personal relativos al origen racial, salud y/o vida sexual del interesado (contemplados por el artículo 7.3 de la LOPD y, en el marco de la transparencia de la actividad pública, en el artículo 15.2, párrafo primero, de la LTAIP).

4.3. Otros datos de carácter personal.

Como ya se indicó anteriormente, conforme al artículo 15.3, párrafo primero, de la LTAIP, *«cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal»*.

En consecuencia, en aquellos supuestos en los que el ejercicio del derecho de acceso a la información pública pueda afectar o referirse a datos de carácter personal, pero éstos no resulten merecedores del régimen de protección reforzada contemplado en el artículo 7 de la LOPD, la LTAIP establece como criterio delimitador el de la *«ponderación»* entre el interés público en la divulgación de la información solicitada y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la misma, a fin de guardar la debida proporción entre ambos derechos o intereses.

El criterio de la ponderación entre los intereses concurrentes (también llamado *“test del daño”* o *“test de proporcionalidad”*) ha sido objeto de una evolutiva construcción jurisprudencial emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; de acuerdo con ésta, la ponderación *«dependerá (...) de las circunstancias concretas del caso particular de que se trate»*³⁵, a fin de lograr *«un equilibrio en cada caso particular relativo a una solicitud de acceso a un documento público que contenga datos personales»*³⁶; de tal modo que *«antes de divulgar información sobre una persona física, las instituciones están obligadas a poner en la balanza, por una parte, el interés de la Unión en garantizar la transparencia de sus acciones y, por otra, la lesión de los derechos reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Carta. Ahora bien, no cabe atribuir*

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 24 de noviembre de 2011, en los asuntos acumulados C-468/10 y C-469/10 (*Asnef-Fecedm*), apartado 40.

³⁶ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera), de 08 de noviembre de 2007, en asunto T-194/04 (*Bavarian Lager*), apartado 77.

una primacía automática al objetivo de transparencia frente al derecho a la protección de los datos de carácter personal (...), ni siquiera aunque estén en juego intereses económicos importantes»³⁷.

Y todo ello sobre la base del principio de proporcionalidad, principio general informador del Derecho de la Unión y del acervo comunitario, el cual *«exige que los medios empleados por un acto de la Unión permitan alcanzar el objetivo que éste persigue y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzarlo»*, de tal modo que *«no cabe intentar alcanzar el objetivo perseguido con la publicación de los datos de que se trata sin tener en cuenta que dicho objetivo ha de conciliarse con los derechos fundamentales consagrados en los artículos 7 y 8 de la Carta»³⁸*. En todo caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sí proscribe nítidamente cualquier *«normativa nacional que, para permitir el tratamiento de datos personales necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, exige, en el caso de que no exista consentimiento del interesado, no sólo que se respeten los derechos y libertades fundamentales de éste, sino además que dichos datos figuren en fuentes accesibles al público, excluyendo así de forma categórica y generalizada todo tratamiento de datos que no figuren en tales fuentes»*, es decir, *«... se opone a que un Estado miembro excluya de forma categórica y generalizada la posibilidad de someter a un tratamiento de datos determinadas categorías de datos personales, sin permitir ponderar los derechos e intereses en conflicto en cada caso concreto»³⁹*.

Como puede apreciarse, la adecuada ponderación de los intereses concurrentes es una cuestión de suma dificultad, al fundamentarse, sustancialmente, sobre conceptos jurídicos indeterminados; por este motivo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido expresamente a los Estados miembros la facultad para establecer en su legislación nacional *«los principios que deben regir dicha ponderación»*, si bien no resultará aceptable que el legislador nacional excluya *«la posibilidad de tratar determinadas categorías de datos personales, estableciendo con carácter definitivo el resultado de la ponderación de los derechos e intereses en conflicto respecto de tales*

³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 09 de noviembre de 2010, en los asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09 (*Volker und Markus Schecke GbR - Hartmut Eifert*), apartado 85.

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 09 de noviembre de 2010, en los asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09 (*Volker und Markus Schecke GbR - Hartmut Eifert*), apartados 75 y 76, respectivamente.

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) en los asuntos acumulados C-468/10 y C-469/10 (*Asnef-Fecedm*), apartados 49 y 48, respectivamente.

categorías, sin permitir un resultado diferente en atención a las circunstancias particulares de cada caso concreto»⁴⁰.

En este contexto, la redacción original del artículo 11.4 del Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, no contenía criterio de ponderación alguno, limitándose a establecer que *«se podrá conceder el acceso a la información que contenga datos personales que no tengan la consideración de especialmente protegidos si, previa ponderación suficientemente razonada, el órgano competente para resolver considera que no se perjudica ningún derecho constitucionalmente protegido»*. Es a instancia de la Agencia Española de Protección de Datos, a través de su ya citado Informe de 05 de junio de 2012⁴¹, que se procede a la inclusión de los criterios que habrán de informar la ponderación a efectuar en cada caso concreto en el texto del posterior Proyecto de Ley⁴².

Finalmente, tras la tramitación parlamentaria de la norma, el artículo 15.3, párrafo segundo, de la LTAIP, establece que *«para la realización de la citada ponderación, dicho órgano tomará particularmente en consideración los siguientes criterios:*

- a) El menor perjuicio a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español⁴³.*

⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) en los asuntos acumulados C-468/10 y C-469/10 (asunto Asnef-Fecedm), apartados 46 y 47, respectivamente.

⁴¹ Informe de la Agencia Española de Protección de Datos, de 05 de junio de 2012, al Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, apartados X a XIV.

⁴² Así, artículo 12.4 del Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 19-1, de 07 de septiembre de 2012.

⁴³ Artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español:

«1. La consulta de los documentos constitutivos del Patrimonio Documental Español a que se refiere el artículo 49.2 se atenderá a las siguientes reglas:

a) Con carácter general, tales documentos, concluida su tramitación y depositados y registrados en los Archivos centrales de las correspondientes entidades de Derecho Público, conforme a las normas que se establezcan por vía reglamentaria, serán de libre consulta a no ser que afecten a materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales o no deban ser públicamente conocidos por disposición expresa de la Ley, o que la difusión de su contenido pueda entrañar riesgos para la seguridad y la Defensa del Estado o la averiguación de los delitos.

b) No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cabrá solicitar autorización administrativa para tener acceso a los documentos excluidos de consulta pública. Dicha autorización podrá ser concedida, en los casos de documentos secretos o reservados, por la Autoridad que hizo la respectiva declaración, y en los demás casos, por el Jefe del Departamento encargado de su custodia.

c) Los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida o, en otro caso, de cincuenta años a partir de la fecha de los documentos.

b) La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.

c) El menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquéllos.

d) La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad.»

Finalmente conviene significar que, como ya fue puesto de manifiesto con anterioridad, la regulación contenida en el artículo 15 de la LTAIP no resulta de aplicación únicamente al derecho de acceso a la información pública, sino al conjunto de previsiones relativas a la transparencia de la actividad pública, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5.3 de la propia LTAIP.

En consecuencia, el criterio de ponderación de los intereses concurrentes o, más concretamente, la ponderación entre el interés público en la divulgación de la información y el derecho de los afectados a la protección de sus datos personales que pudieran ser objeto de aquélla, resultará igualmente aplicable respecto de las obligaciones de publicidad activa previstas por el Capítulo II del Título I de la LTAIP; por ello, en lo sustancial, lo indicado respecto del criterio de ponderación en el marco del ejercicio del derecho de acceso a la información pública resultará plenamente predicable, igualmente, en el marco de las obligaciones de publicidad activa⁴⁴.

4.4. Datos identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano.

Finalmente, el tercer nivel de protección de los datos de carácter personal en el marco de la transparencia de la actividad pública, aparece constituido por aquellos datos

2. Reglamentariamente se establecerán las condiciones para la realización de la consulta de los documentos a que se refiere este artículo, así como para la obtención de reproducciones de los mismos.»

⁴⁴ Sobre el criterio de ponderación en el ámbito de la publicidad activa, y como ejemplos de su aplicación práctica, pueden consultarse el Informe de la Agencia Española de Protección de Datos de 22 de marzo de 2012 (sobre publicación en la página web de un Ayuntamiento de los datos contenidos en el “fichero de facturas”, remitido al Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se terminan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales), así como la ya citada anteriormente Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 09 de noviembre de 2010, en los asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09 (*Volker und Markus Schecke GbR - Hartmut Eifert*).

que la LTAIP califica como “meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano” al que se dirija la solicitud de acceso.

En relación a éstos, el artículo 15.2 de la LTAIP establece que *«con carácter general, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano»*.

Aunque en una primera lectura pudiera parecer que la LTAIP apuesta por establecer una suerte de “cláusula general de acceso”⁴⁵ a cualesquiera documentos que contuvieran datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano al que se dirige la solicitud, con la única salvedad de que en los mismos no se contengan datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos, lo cierto es que dicha formulación supone, *de facto*, el reconocimiento implícito de la exigencia de una previa ponderación entre los intereses concurrentes.

Tales intereses en conflicto, en los supuestos concretos contemplados por el artículo 15.2 de la LTAIP, no son sino el propio interés público en la divulgación de la información, de una parte, y la necesaria y obligada protección de los derechos de carácter personal (o de otros derechos constitucionalmente protegidos) que pudieran contemplarse en aquella, de otra; actuando en tales supuestos el carácter de la información solicitada (en la medida en la que ésta se encuentre vinculada a la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano) como criterio a tomar en consideración necesariamente al efectuar la oportuna ponderación entre aquéllos intereses. En consecuencia, nos hallamos ante un supuesto particular de ponderación que bien hubiera podido subsumirse en los supuestos contemplados en el artículo 15.3, párrafo segundo, de la LTAIP, como entendió la Agencia Española de Protección de Datos en su Informe de 05 de junio de 2012⁴⁶.

Por otra parte, en el citado Informe, la Agencia Española de Protección de Datos aboga por una mayor concreción en los conceptos de “funcionamiento” o “actividad

⁴⁵ En este sentido, el apartado III del Preámbulo de la propia LTAIP afirma que *«en la medida en que la información afecte directamente a la organización o actividad pública del órgano prevalecerá el acceso»*.

⁴⁶ Informe de la Agencia Española de Protección de Datos, de 05 de junio de 2012, al Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, apartados XIII y XIV.

pública del órgano”, a fin de evitar que una interpretación excesivamente amplia de los mismos pudiera menoscabar en la práctica las posibilidades de acceso y, en última instancia, la adecuada ponderación de los intereses concurrentes; recomendaciones que, sin embargo, no fueron recogidas en la redacción definitiva dada al artículo 15.3 de la LTAIP.

Como corolario a lo indicado respecto a la regulación contenida en el artículo 15.3 de la LTAIP, conviene significar que ésta está llamada a resultar particularmente relevante en el ámbito de la publicidad activa (por mor de lo dispuesto por el artículo 5.3 de la propia LTAIP), a la luz de las obligaciones de información (y de los ámbitos a los que la misma se refiere) contempladas en el Capítulo II del Título I de la LTAIP, configurándose así la adecuada ponderación entre el interés público en la puesta disposición de dicha información y el derecho a la protección de los datos de carácter personal que en la misma se pudiera contener, como el auténtico principio rector que habrá de regir el contenido concreto de las obligaciones de transparencia en el marco de la publicidad activa⁴⁷.

4.5. Elementos de cierre del sistema: disociación y tratamiento.

Como elementos de cierre del conjunto normativo expuesto, y a fin de completar la adecuada integración en el seno de la LTAIP de las disposiciones y principios propios de la protección de datos carácter personal, el legislador ha venido a establecer dos disposiciones de carácter general relativas, respectivamente, a la previa disociación de datos y al posterior tratamiento de los mismos.

4.5.1. Disociación previa de datos de carácter personal.

De conformidad con lo establecido por el artículo 15.4 de la LTAIP «*no será aplicable lo establecido en los apartados anteriores si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas*».

Resulta significativo indicar que la redacción originaria del Anteproyecto de Ley no contenía previsión alguna relativa a la posibilidad de acceder a información que contenga datos de carácter personal si previamente se hubiera llevado a cabo un procedimiento de disociación de los mismos, introduciéndose en el cuerpo de la norma

⁴⁷ Véase, al respecto, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Sexta) en el asunto T-437/05 (*Brink's Security Luxembourg - Comisión*).

por recomendación de la Agencia Española de Protección de Datos en su Informe de 05 de junio de 2012. Y ello aún cuando la legislación vigente en el momento de elaborarse el Anteproyecto de Ley preveía ya esta posibilidad: en concreto, el artículo 11.6 de la LOPD, como elemento final del precepto dedicado en la citada Ley Orgánica a la comunicación de datos de carácter personal objeto de tratamiento, establece nítidamente que *«si la comunicación se efectúa previo procedimiento de disociación, no será aplicable lo establecido en los apartados anteriores»*.

Por su parte, el artículo 3, letra f), de la LOPD, define el procedimiento de disociación como *«todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable»*⁴⁸. En análogo sentido, conforme al artículo 5.1, letra p), del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, el procedimiento de disociación es *«todo tratamiento de datos personales que permita la obtención de datos disociados»*, entendiéndose por tales aquellos que no permiten la identificación de un afectado o interesado.

En consecuencia resulta posible afirmar que, en la línea marcada por la legislación reguladora de la protección de datos de carácter personal (LOPD y su reglamento de desarrollo), la LTAIP permite el acceso a aquella información pública que, aún conteniendo datos de carácter personal (incluso si éstos son merecedores de una especial protección), haya sido objeto previamente de un procedimiento de disociación, de forma que la información finalmente facilitada al solicitante no permita la identificación de los titulares de aquéllos datos.

Por último, resulta necesario indicar que el sometimiento de la información pública a un procedimiento de previa disociación de datos (en los términos expuestos), no ha de confundirse con los supuestos de acceso parcial a la información contemplados por el artículo 16 de la LTAIP, en la medida en la que dicho acceso parcial únicamente podrá predicarse respecto de la información pública afectada por alguno de los límites al derecho de acceso contemplados en el artículo 14 de la LTAIP, diferentes, por tanto, a los supuestos de protección de los datos de carácter personal contemplados en el artículo 15 de la propia Ley.

⁴⁸ Debiendo entenderse por *“persona identificable”*, conforme al artículo 5.1, letra o), del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, *«toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social»*.

4.5.2. *Tratamiento posterior de los datos obtenidos.*

Por último, el artículo 15.5 de la LTAIP establece que «*la normativa de protección de datos personales será de aplicación al tratamiento posterior de los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso*».

Es decir, a través del apartado 5 de su artículo 15, la LTAIP efectúa una remisión en bloque a la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal en lo que se refiere al posterior tratamiento de la información pública obtenida a través del ejercicio del derecho de acceso cuando dicha información contenga o afecte a datos de carácter personal, por lo que habrá que estar a las previsiones contenidas en tal sentido en la LOPD y en su Reglamento de desarrollo (Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre), así como también, en última instancia, a la regulación contenida en las normas del Derecho comunitario, particularmente, en la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, dotada en varios de sus preceptos de efecto directo sobre el ordenamiento nacional.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

GUICHOT REINA, Emilio. *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Documento de Trabajo 170/2011.

GUICHOT REINA, Emilio. 'Transparencia Versus Protección de Datos'; texto de la Ponencia impartida en el marco del *VI Congreso Anual de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Palma de Mallorca, 12 de febrero de 2011.

MESEGUER YEBRA, Joaquín. *Comentario a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: Análisis de la tramitación e informes sobre publicidad activa y acceso a la información pública*. CEMCI, 2014.

DOCUMENTACIÓN.

- Informes de la Agencia Española de Protección de Datos, disponibles en:
http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/index-ides-idphp.php
- Dictamen del Consejo de Estado, de 19 de julio de 2012, al Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, disponible en:
<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2012-707>
- Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, disponibles en:
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["EN G"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)
- Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, disponibles en:
<http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es>
- Sentencias del Tribunal Constitucional, disponibles en:
<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es>
- Sentencias del Tribunal Supremo, disponibles en:
<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>



Revista digital CEMCI
Número 23: enero a septiembre de 2014



POLICÍA LOCAL. JORNADA, HORARIOS Y RETRIBUCIONES

María Elena GARCÍA MUNERA

*Jefa de Sección de Administración de Personal
Ayuntamiento de Arona*

Trabajo de evaluación presentado al Curso Monográfico de Estudios Superiores: “El empleo público local en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad en la Administración Local”. Granada, de febrero a marzo de 2014. CEMCI.

SUMARIO:

1. Introducción.
2. Principios de actuación de la Administración Pública.
3. Código de conducta de los empleados públicos.
4. Jornada y horarios.
5. Retribuciones.
6. Conclusiones.
7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo pretendo abordar el régimen aplicable al personal funcionario de la Policía Local en relación a jornada y horario, así como retribuciones.

Los cuerpos de Policía Local son institutos armados de naturaleza civil con estructura y organización jerarquizada bajo la superior autoridad y dependencia directa del Alcalde, y en el ejercicio de sus funciones los miembros de los Cuerpos de Policía Local tendrán el carácter de agentes de la autoridad. Y esta definición hace que deban estar integrados en la Administración Especial, Servicios Especiales de las Corporaciones Locales. Esta especialidad hace aparecer la necesidad de normas específicas que regulen su situación y régimen jurídico, con independencia de que, a la vez, deban aplicarse el resto de las normas de función pública, dado su necesaria catalogación como funcionarios públicos.

2. PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

La Administración está obligada a actuar, en términos constitucionales (CE art. 103), sirviendo con “objetividad los intereses generales...con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

Los ciudadanos tienen derecho a tener una buena administración (austera, eficaz, equilibrada, orientada a los ciudadanos y con la capacidad de adaptarse a los cambios) y por tal motivo, ésta necesita asegurar la profesionalidad y la calidad de los empleados públicos, garantizando al mismo tiempo la flexibilidad en la gestión del sistema de empleo público. Todos los derechos e intereses legítimos de quienes forman parte de la Administración han de estar subordinados al principio de servicio a los ciudadanos. Estos principios deben condicionar todos los acuerdos, pactos o convenios colectivos que se aprueben en las corporaciones locales, dentro de todo lo relacionado con la jornada, horarios y gestión del tiempo¹.

También el artículo 1.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) refleja los fundamentos de actuación de la Administración pública.

3. CÓDIGO DE CONDUCTA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS.

De conformidad con el artículo 52 del EBEP los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, actuando con arreglo a los principios de: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres.

El artículo 54.2 del EBEP señala que los empleados públicos desempeñaran las tareas correspondientes a su puesto de trabajo de forma diligente y cumpliendo con la jornada y el horario establecidos.

¹ Las Administraciones públicas deben tener como fundamento de actuación, el servicio y la atención a los ciudadanos y la satisfacción de los intereses generales, ya que la finalidad primordial ha de ser mejorar la calidad de los servicios que el ciudadano recibe de la administración. Así lo establecía la derogada Resolución de 20 de diciembre de 2005 en su artículo 1.4.a.

4. JORNADA Y HORARIOS.

4.1. Concepto de jornada de trabajo.

La jornada de trabajo es la cantidad de tiempo o número de horas que el trabajador está obligado a prestar sus servicios, de forma efectiva al día, a la semana, al mes o al año (STS 21.10.94; R.600/94; del 9/12/2002, R.88/2003 entre otras): la jornada y el horario son conceptos diferentes, estando supeditado el horario al cumplimiento de la jornada, pues es ésta la que establece el número de horas que debe prestarse un trabajo efectivo, mientras que el horario dispone, el momento en que el trabajador, debe entrar y salir de trabajar, por lo que en caso de conflicto regirá la primera.

En cuanto a la configuración legal de la jornada de trabajo, hemos de remitirnos en primer lugar al artículo 40.2 de la Constitución española (CE), el cual considera la limitación de la jornada como principio rector de la política social y económica desde la perspectiva de la protección de la salud del trabajador².

4.2. Normativa aplicable al personal funcionario.

El artículo 94 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante LRBRL), precepto de carácter básico, establece que la jornada de trabajo será, en cómputo anual, la misma que se fije para los funcionarios de la Administración General del Estado, aplicándose las mismas normas sobre equivalencia y reducción de jornada. Así, cada Corporación fijará su horario y jornada de trabajo de su personal en ejercicio de su potestad de autoorganización y reglamentaria otorgada por la legislación básica de carácter local [art. 4.1.a) LRBRL], previa negociación con las organizaciones sindicales con mayor representatividad en la administración y con audiencia de la Junta de personal (art. 40.1. del EBEP) siempre que se cumpla el cómputo anual de la jornada de la Administración General del Estado, es decir, 1664 horas³.

Además, con arreglo a reiterada jurisprudencia, la jornada del personal funcionario al servicio de las Corporaciones locales era –y es, en la actualidad- materia sujeta a reserva de ley, y, en consecuencia, no puede verse alterada mediante pacto o acuerdo. Así, el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, en sentencia de 13 de marzo de 2009, recaída en recurso nº 4.413/2004, señalaba:

“Así construido, el motivo único que contiene este recurso no puede ser acogido pues, en contra de lo que se sostiene en él, la Sala de Cáceres no ha infringido, por

² “asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesional; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”.

³ Fijado por Resolución de 28 de diciembre de 2012. Anteriormente el cómputo anual era de 1647 horas.

aplicarlo indebidamente, el artículo 94 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local. En efecto, la jurisprudencia de forma reiterada viene manteniendo ininterrumpidamente que es aplicable a las corporaciones locales (Sentencias de 18 de junio de 2007 (LA LEY 61123/2007) (casación 3051/2002), 15 de marzo de 2007 (LA LEY 9884/2007) (casación 1533/2002), 2 de marzo de 2004 (LA LEY 12584/2004) (casación 9572/1998), 15 de diciembre de 2003 (LA LEY 11835/2004) (casación 5033/1998), 19 de febrero de 1999 (casación 8873/1992), las dos de 19 y la de 20 de febrero de 1996 (casación 5987/1993), 7 de noviembre de 1995 (LA LEY 202/1996) (casación 5942/1993), 13 de julio de 1995 (casación 6310/1993). Incluso ha manifestado expresamente que dicho precepto tiene carácter básico (Sentencia de 5 de febrero de 1991 (apelación 507/1989), por la relación que guarda la jornada con las retribuciones de los funcionarios).

Por lo demás, la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local se integra en el bloque normativo dentro del que las Comunidades Autónomas han de ejercer las competencias que sus Estatutos les hayan conferido en este ámbito (STC 214/1989 (LA LEY 130664-NS/0000)) Y, ciertamente, vincula a las corporaciones locales ya que se rigen en su actuación por la Constitución y las leyes, entre las que se cuentan las dictadas por el Estado en el ámbito de sus competencias, una de las cuales es la de establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del estatuto de los funcionarios (artículo 149.1.18 de la Constitución).

Finalmente, hay que destacar que la interpretación que se ha dado al artículo 94 que nos ocupa no elimina la posibilidad de que en el cómputo semanal, haya una jornada distinta a la dispuesta para la Administración General del Estado. La identidad a la que se refiere ese precepto es la que debe existir en el cómputo anual.”

Puede cotejarse, asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife, de 28 de abril de 2010, recaída en recurso 251/2009, en la que se señala, expresamente, que el artículo 94 LRBR tiene naturaleza básica y no ha sido derogado expresamente por el Estatuto Básico del Empleado Público.

El artículo 47 del EBEP señala que las Administraciones públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos, pudiendo ser la jornada de trabajo a tiempo completo o a tiempo parcial.

La jornada general de trabajo en el Sector Público ha quedado establecida en la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012, fijando que la misma no podrá ser inferior a treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

Esta jornada ordinaria había sido previamente establecida en el artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público⁴, que asimismo autorizaba al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a dictar las instrucciones necesarias para la efectiva y homogénea aplicación de esta medida en el ámbito de la Administración General del Estado.

Por su parte, el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en su artículo 8 modifica los artículos 48 y 50 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, de Estatuto Básico del Empleado Público, sobre permisos y vacaciones de los funcionarios públicos. De conformidad con los criterios orientativos dictados por el Ministerio de Administraciones Públicas, las novedades que incluye esta norma en materia de permisos y vacaciones de los funcionarios públicos son cuatro:

- 1º.- Otorgar el carácter de legislación básica al artículo 48 del EBEP, con el objeto de homogeneizar los permisos que regula para el conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas.
- 2º.- Fijar también con carácter de precepto básico, las vacaciones anuales únicamente en veintidós días hábiles al año, suprimiendo los días adicionales que existían hasta ahora.
- 3º.- Reducir el permiso por asuntos particulares de seis a tres días.
- 4º.- Eliminar los días adicionales a los días de libre disposición que existían hasta ahora en el artículo 48.2 EBEP.

A su vez, los Acuerdos, Pactos y Convenios para el personal funcionario y laboral suscritos por las Administraciones Públicas, quedan suspendidos y sin efecto en lo relativo al permiso por asuntos particulares, vacaciones y días adicionales a los de

⁴ JIMÉNEZ ASENSIO argumenta que: a) Que el artículo 4.º del Real Decreto-ley 20/2011 no es aplicable directamente a las entidades locales, dado que su radio de acción se limita al “sector público estatal” y tampoco tiene el carácter de norma básica, ya que nada dice al respecto ; b) Que la cuestión de la aplicación del artículo 94 LRBRL, por reenvío del artículo 4.º, es superflua, porque si fuera aplicable el artículo 94 lo hubiese sido con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley y si n o lo fuera no le afecta; c) Que, en realidad, la cuestión ha de centrarse en si el artículo 47 del EBEP deroga implícitamente el artículo 94 LRBRL y entiende que ambas normas no pueden ser integradas en una norma común, ya que el artículo 94 establece unos límites expresos que vulneran directamente el principio de autonomía local y las potestades de organización y de gestión de recursos humanos, mientras que el artículo 47 tiene un propósito novedoso: el de reforzar el principio de organización y gestión para que cada Administración determine la jornada general de los funcionarios; d) Que la derogación del artículo 94 LRBRL no es absoluta sino condicionada, es decir, tendrá una vigencia temporal condicionada hasta que cada Administración ejerza las competencias del artículo 47 del EBEP y apruebe un acuerdo o una disposición reglamentaria en la que establezca cuál es la jornada general y las jornadas especialidades de los funcionarios a sus servicios, de suerte que si las Administraciones locales no han procedido a tal fijación, será aplicable el reenvío del artículo 94.

libre disposición o de similar naturaleza, resultando de aplicación, para estas materias concretas, lo anteriormente expuesto.

La adaptación de la jornada y horarios conforme a la normativa recientemente dictada se ha producido mediante la Resolución de 28 de diciembre de 2012 (BOE del 29)⁵

La citada resolución prevé la posibilidad de establecer jornadas especiales de cuarenta horas semanales en aquellos casos en que se requiera al personal especial dedicación, sin perjuicio del aumento de horario que excepcionalmente sea preciso por necesidades del servicio (Instrucción Cuarta).

La fijación del horario concreto de trabajo del funcionario debe atender exclusivamente al interés general, que debe prevalecer siempre sobre el interés particular de los funcionarios afectados (SSTS 8 noviembre 1995, 17 enero 1994, 20 octubre 1994, 6 junio 1992). No existe en esta materia ningún derecho adquirido por el funcionario a seguir realizando el mismo horario que tenía establecido hasta ese momento, ya que la situación jurídica del funcionario es estatutaria y no puede entenderse congelada en los términos que se hallara regida cuando ingresó (STSJ Navarra 29 septiembre 2000, STSJ Andalucía 30 mayo 1994), y sin que el cambio de los horarios afecte a derechos fundamentales del funcionario (STS 20 enero 1987). La fijación o modificación de horarios es facultad que corresponde a la potestad de organización de cada Administración y por tanto está excluido de la obligatoriedad de negociación colectiva (STSJ Andalucía 24 diciembre 1993), lo único que establece la Ley es dar audiencia o ser oídos la Junta de Personal o delegados de personal, previamente a su fijación.

4.3. Normativa Policía Local.

Los Cuerpos de Policía Local se rigen por el EBEP y por la legislación de las Comunidades Autónomas, en el caso de Canarias por la Ley 6/1997, de 4 de julio, de Coordinación de Policías Locales, excepto en lo establecido para ellos en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (EBEP art. 3.2).

a. La Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (B.O.E. número 63), señala en el artículo 52 que: *“1. Los Cuerpos de Policía Local son institutos armados, de naturaleza civil, con estructura y organización*

⁵ Resolución de 28 de diciembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

jerarquizada, rigiéndose, en cuanto a su régimen estatutario, por los principios generales de los Capítulos II y III del Título I y por la Sección 4ª del Capítulo IV del Título II de la presente Ley, con la adecuación que exija la dependencia de la Administración correspondiente, las disposiciones dictadas al respecto por las Comunidades Autónomas y los Reglamentos específicos para cada Cuerpo y demás normas dictadas por los correspondientes Ayuntamientos.

b. Ley 6/1997, de 4 de julio, de Coordinación de Policías Locales de Canarias (B.O.C. nº 91; c.e. B.O.C. nº 94)

Artículo 41.1: *“Los miembros de las policías locales tienen derecho a una remuneración en la que se valore el nivel de formación, el régimen de incompatibilidades, la dedicación y el riesgo que entraña la profesión, la especificidad de los horarios de trabajo y la estructura peculiar del Cuerpo.”*

Artículo 44. 4: *“Estarán obligados a cumplir íntegramente su jornada de trabajo. Si alguna indisposición les obligase a abandonar el servicio, intentarán, por todos los medios a su alcance, ponerlo previamente en conocimiento de su superior jerárquico, y, si esto no fuese posible, lo comunicarán cuanto antes después de abandonar el servicio.”*

c. El Decreto 75/2003, de 12 de mayo, por el que se establecen las normas marco y otras normas de Coordinación de Policías Locales de Canarias (B.O.C. nº 93) establece lo siguiente:

1. Cada ayuntamiento ha de aprobar el reglamento propio de organización y funcionamiento del Cuerpo de la Policía Local (artículo 2.º). Entre las materias que han de ser objeto de regulación en el indicado Reglamento, figuran todas las relativas a la jornada laboral, estructura orgánica, distribución de efectivos, nombramiento y funciones de la jefatura del Cuerpo, funciones de los diferentes empleos, deberes comunes a los distintos empleos, fomento de la formación, derechos y deberes, segunda actividad, distinciones y recompensas, y prevención de riesgos laborales.

2. Esta norma señala que la jornada de trabajo de los miembros de la Policía Local es, en cómputo anual, como máximo, la misma que se señale para el resto de los funcionarios del respectivo Ayuntamiento. De ser diferente, se consignarán los motivos (artículo 6.1)

d. Ley 2/2008, de 28 de mayo, del Cuerpo General de la Policía Canaria (B.O.C. nº 109)

Artículo 5. Cuerpos de Policía de las administraciones públicas de Canarias: Policía Canaria

Con el nombre de Policía Canaria se designa al conjunto de cuerpos de policía dependientes de las administraciones públicas canarias constituidos por el Cuerpo General de Policía Canaria y los Cuerpos de Policía Local dependientes de las corporaciones locales.

Artículo 42. Remuneraciones

1. Los funcionarios del Cuerpo General de la Policía Canaria tendrán derecho a una remuneración justa, que contemple su nivel de formación, régimen de incompatibilidades, movilidad por razones de servicio, dedicación y el riesgo que comporta su misión, así como la especificidad de los horarios de trabajo y su peculiar estructura.

Artículo 50. Ordenación de la jornada de trabajo

1. La ordenación de la jornada de trabajo y el régimen de descanso, horarios y fiestas serán las que se determinen por el órgano competente.

2. En circunstancias excepcionales, cuando se produzcan hechos que lo exijan y los medios habituales sean insuficientes, los funcionarios podrán ser requeridos para el servicio fuera de su jornada de trabajo o, en los mismos términos, podrá imponerse la obligación de permanecer en las dependencias policiales o de mantenerse en situación de disponibilidad.

3. En el caso de que las necesidades del servicio obligaran a prolongar su prestación, tendrán que cumplimentarse las órdenes referidas al respecto, sin perjuicio de la compensación que proceda por el exceso de jornada realizada.

4.4. Normativa común a personal funcionario y laboral de las administraciones públicas.

A partir de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2012 el tratamiento de la jornada de trabajo de los empleados públicos es igualitario y uniforme para ambos tipos de personal (funcionarios y laborales). Así se establece en la Disposición Adicional Septuagésima Primera, relativa a “Jornada general del trabajo en el Sector Público”, con el siguiente tenor:

“Uno. A partir de la entrada en vigor de esta Ley, la jornada general de trabajo del personal del Sector Público no podrá ser inferior a treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

A estos efectos conforman el Sector Público:

a) *La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.*

...

Dos. Con esta misma fecha, queda suspendida la eficacia de las previsiones en materia de jornada y horario contenidas en los Acuerdos, Pactos y Convenios vigentes en los entes, organismos y entidades del Sector Público indicados en el apartado anterior, que contradigan lo previsto en este artículo.

Tres. Esta disposición tiene carácter básico y se dicta al amparo de los artículos 149.1.7ª, 149.1.13ª y 149.1.18ª de la Constitución española.””

4.5. Jornadas especiales de trabajo.

Aquellas otras jornadas y horarios especiales que excepcionalmente y por interés del servicio deban realizarse en determinadas funciones o centros de trabajo, se someterán a la autorización del Presidente de la Entidad [artículo 21.1.h) de la LRBRL], previa negociación con las organizaciones sindicales en el ámbito correspondiente.

En las administraciones públicas esta figura se suele utilizar para establecer una jornada de trabajo de cuarenta horas semanales, sin perjuicio del aumento de horario que ocasionalmente sea preciso por necesidades del servicio.

4.6. Calendario laboral.

4.6.1. Concepto.

El calendario laboral es el instrumento técnico a través del cual debe realizarse la distribución de la jornada y la fijación de los horarios de los empleados públicos municipales. Se aprobará anualmente antes del 28 de febrero de cada año (Resolución de 28 de diciembre de 2012).

La aplicación de las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) son de obligado cumplimiento para autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas (art. 47), al igual que su cómputo (art. 48), teniendo muy presente que si la fijación del calendario laboral corresponde a la Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas (art. 48.7), la declaración de un día hábil o inhábil, a efectos del cómputo de plazos no determina por sí sólo el funcionamiento de los Centros de Trabajo de las Administraciones Públicas, la organización del tiempo de trabajo, ni el acceso de los

ciudadanos a los registros (art. 48.6), en clara referencia en aplicación a los servicios de la Policía Local.

La distribución del tiempo de trabajo en el caso de la Policía Local, suele hacerse a través de los llamados “cuadrantes de servicio”, instrumento que permite la adaptación de los turnos a las licencias, permisos y vacaciones, etc. en función a las necesidades de cada una de las secciones que la integran y en el ejercicio de la potestad de autoorganización de las Entidades Locales.

4.6.2. Cómputo de la jornada laboral.

La Dirección General de la Función Pública, Subdirección General de la Función Pública Local, del Ministerio para las Administraciones Públicas⁶, ante una consulta formulada en relación a la jornada de trabajo, permisos, etc. de los funcionarios dice que el cálculo de la jornada ordinaria anual⁷ se realizará efectuando los siguientes descuentos: descanso semanal (sábados y domingos), festivos (estatales, autonómicos y locales), vacaciones (22 días hábiles) y asuntos personales (6 días hábiles). El cómputo efectuado se refiere a la jornada normal u ordinaria y, por consiguiente, quedan exceptuados de este cómputo los titulares de puestos de trabajo que tengan dedicación exclusiva (con 40 horas semanales en lugar de 37 y media), así como los que perciban incentivo de productividad o cuando tengan complemento específico y/o de productividad.

En cuanto a los funcionario de la policía local, debe tenerse en cuenta que por el carácter específico de su función este personal se encuentra en servicio permanente, lo cual incide en sus condiciones de trabajo, y en concreto en aspectos esenciales tales como horarios, jornada y calendario (turnos, servicio en festivos, descansos semanales o entre jornada, posibles prolongaciones de jornada, etc.). El cómputo anual deberá calcularse, por tanto, descontando a las horas semanales equivalentes a 52 semanas y un día de trabajo (dos días en bisiestos), las horas correspondientes a vacaciones (cuatro semanas y dos días), 2 días de fiestas locales, 12 días de fiestas nacionales y autonómicas⁸, más los 4 días de permisos por asuntos personales⁹.

⁶ Actualmente, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

⁷ Jornadas semanales de 37 horas y media equivalen a 7 horas y media diarias (de lunes a viernes), por lo que para realizar el cálculo de la jornada anual se multiplicará la jornada diaria por los días naturales del año, procediéndose a continuación a los descuentos señalados en el texto.

⁸ Para la declaración de días festivos, la Administración estatal habrá de tener en cuenta el RD 2001/1983 (arts. 45 y 46, en redacción dada por el RD 1561/1995), el Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto 1/1995, art. 37.3), y los Acuerdos con la Santa Sede de 3.1.1979, para la fijación de las de carácter nacional, así como el número a determinar por las Comunidades Autónomas para el ámbito autonómico y municipal, a propuesta de estas Entidades, sin perjuicio de que para quienes pertenezcan a religiones distintas de la católica, se prevean las correspondientes sustituciones (Ley 25/1992, art. 12.2; Ley 26/1992, art. 12.2; etc.).

En dicho instrumento deberá respetarse el derecho de los empleados públicos a la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral [artículo 14.g) del EBEP].

4.6.2.1. Coeficientes correctores

En cuanto a la posibilidad de que a los servicios ordinarios de noche se les aplique un coeficiente corrector no parece viable, ya que la norma en relación a la jornada anual (1664 horas¹⁰) y semanal (37 y horas y media¹¹) siempre habla de “trabajo efectivo”. Entendiendo que los coeficientes correctores se aplican para aquellos servicios que se presten por encima de la jornada ordinaria de trabajo. En este sentido, se puede tomar como referencia, la Resolución de 15 de febrero de 2011, por la que se fija el horario de prestación del servicio del Cuerpo General de la Policía Canaria, la cual establece que “La jornada laboral del personal funcionario del Cuerpo General de la Policía Canaria será de 1.744 horas de trabajo efectivo en cómputo anual...” y que “A efectos de compensación, se establece la equivalencia de una hora y media por cada hora normal de trabajo efectivo que supere el cómputo de horas del turno. Cuando la superación de las horas del servicio sea en horas nocturnas o festivas la equivalencia será de una hora y cuarenta y cinco minutos por cada hora de trabajo efectivo.”

4.6.3. Negociación.

El artículo 37.1.m) del EBEP señala que serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública, las materias referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos.

Consecuentemente, y anualmente, por Resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social se fijan las fiestas de carácter nacional y el número a determinar por las Comunidades Autónomas de fiestas tradicionales, a publicar en el Boletín Oficial del Estado. Y, de otra parte, las Comunidades Autónomas determinarán las fechas de las de ámbito autonómico y, a propuesta de las Entidades Locales las de este carácter local, a publicar en el Boletín Oficial autonómico. Por lo tanto, y a “sensu contrario” los días que en el año natural no sean domingos o sean declarados festivos tienen la condición de días hábiles.

⁹ El artículo 142 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante TRRL) remite en materia de permisos, licencias y vacaciones relativas al personal funcionario al servicio de las corporaciones locales a las previsiones establecidas en las leyes autonómicas de aplicación; lo que resulta conforme con el contenido mínimo establecido en el EBEP.

¹⁰ Resolución de 28 de diciembre de 2012, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración General del Estado.

¹¹ Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012.

Señalar que el número de horas de jornada de trabajo en cómputo anual no puede modificarse en virtud de la negociación colectiva, ya que este derecho está matizado por el principio de legalidad (artículo 33.1 EBEP).

Los tribunales vienen resolviendo que “(...) *el bloque legislativo del Estado no es identificable como una especie de plataforma de mínimos, habida cuenta de sus características de pormenorización, rigidez y uniformidad*”. *La Corporación Municipal estará legalmente habilitada para efectuar acuerdos y pactos con tal que se refieran a su competencia, sin perjuicio de que las concretas extralimitaciones que puedan apreciarse deban ser declaradas ilegales o nula (Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 1997). Es decir, que se censura su exceso (Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de marzo de 1996).*

Por tanto, en la negociación colectiva de los funcionarios públicos no tiene cabida una negociación contraria a una norma legal vigente ni la mejora del régimen legal (Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 1996).

4.6.4. Competencia

El órgano competente para la fijación de horarios de prestación del servicio es el Alcalde (artículo 21.1.h) LBRL) previa negociación con los representantes del personal.

4.6.5. Límites

La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera señala en el artículo 7, relativo al Principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, lo siguiente:

“1. Las políticas de gasto público deberán encuadrarse en un marco de planificación plurianual y de programación y presupuestación, atendiendo a la situación económica, a los objetivos de política económica y al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

2. La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público.

3. Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.”

5. RETRIBUCIONES.

Los funcionarios sólo pueden ser retribuidos por los conceptos establecidos en la Ley; en este sentido, el régimen de retribuciones de los funcionarios viene dispuesto con carácter general en el artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, por la que se aprueba la Ley de Medidas para la reforma de la Función Pública (LMRFP), transitoriamente vigente según la D.F. Cuarta del EBEP.

Para los funcionarios de Administración Local tal principio se encuentra regulado en los preceptos siguientes: artículo 93 de la LBRL, artículo 153 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL) y artículo 1 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los Funcionarios de la Administración Local (RDRFAL). Así, los conceptos retributivos constituyen un “*numerus clausus*” y, en consecuencia, la creación, por pacto o acuerdo, de conceptos salariales nuevos para retribuir al personal funcionario ha de reputarse nula de pleno derecho, por incidir en materia reservada a la Ley. En apoyo de esta tesis, pueden cotejarse las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1997, de 18 de noviembre de 1999 y de 2 de marzo de 2004, o de 20 de febrero de 2008. *Cfr* sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Las Palmas de Gran Canaria, de 4 de enero de 2008.

Las retribuciones se percibirán en proporción a la jornada realizada por el funcionario, tanto en el caso de que tenga autorizada la realización de jornada de trabajo inferior, como si existe una diferencia en cómputo mensual entre la jornada ordinaria de trabajo y la efectivamente realizada por el funcionario, procederá de conformidad con el artículo 30.1 del EBEP una reducción proporcional de retribuciones, salvo justificación¹².

¹² La Resolución de 4 de enero de 2010, de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, por la que se dictan instrucciones en relación con las nóminas de los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, en los términos de la Disposición Final Cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y se actualizan para el año 2010 las cuantías de las retribuciones del personal a que se refieren los correspondientes artículos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho ejercicio, en relación al devengo de retribuciones, indica lo siguiente:

“2.1 La diferencia, en cómputo mensual, entre la jornada reglamentaria de trabajo y la efectivamente realizada por el funcionario dará lugar, salvo justificación, a la correspondiente deducción proporcional de haberes.

Para el cálculo del valor hora aplicable a dicha deducción se tomará como base la totalidad de las retribuciones íntegras mensuales que perciba el funcionario dividida entre el número de días naturales del correspondiente mes y, a su vez, este resultado por el número de horas que el funcionario tenga obligación de cumplir, de media, cada día”.

5.1. Clasificación de conceptos retributivos.

En cuanto a la clasificación de los conceptos retributivos habrá que estar a la definición que recoge el EBEP¹³ en el artículo 24, así dicha norma distingue entre retribuciones básicas, retribuciones complementarias y gratificaciones extraordinarias.

La clasificación de los conceptos retributivos quedaría de la siguiente manera:

- Retribuciones básicas: el sueldo y la antigüedad.
- Retribuciones complementarias:
 - o Periódicas en su vencimiento: complemento destino y complemento específico (de carácter objetivo)
 - o Las no periódicas, caso de los incentivos a la productividad o las gratificaciones por servicios extraordinarios (serían las equivalentes a las horas extraordinarias), percibiéndose éstas últimas fuera de la jornada normal que, en ningún caso, podrán ser fijas en su cuantía y periódicas en su devengo.

Siguiendo al profesor ESCUIN PALOP¹⁴, en cuanto a las clasificaciones de las retribuciones complementarias aparecen recogidas genéricamente en el artículo 24 del EBEP, remitiendo el desarrollo de las mismas a futuras leyes estatales o autonómicas. Teniendo en cuenta la vigente LMRFP se distingue:

1. El complemento vinculado a la carrera.
2. El complemento vinculado a las características del puesto de trabajo.
3. El complemento vinculado al desempeño, que se correspondería con el complemento de productividad.
4. Complemento por servicios extraordinarios. Corresponde por servicios fuera del horario de trabajo, denominándose en la LMRFLP gratificaciones, señalando que en ningún caso pueden ser fijas en su cuantía ni periódicas en su devengo.
5. Las pagas extraordinarias. La LMRFP las considera básicas. En cambio el EBEP no las considera básicas.
6. Indemnizaciones por razón del servicio. Se contemplan en el artículo 28 del EBEP y su desarrollo reglamentario se contiene en el Real Decreto 462/2002, de 24 de marzo, modificado por el Real Decreto 1616/2007. Implican gastos o disminuciones

¹³ Vid. ESCUIN PALOP, V.: "Derechos de los funcionarios. Especial referencia a las retribuciones", en *Derecho del empleo Público* (Dir. PÉREZ ALONSO, M^a A. y AA.VV). Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013, pp. 62 y ss.

¹⁴ Vid. ESCUIN PALOP, V.: "Derechos individuales de los funcionarios Especial referencia a las retribuciones", en *Guía práctica del empleado público*. Dir. PÉREZ ALONSO, M^a A. y AA.VV. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2013, pp. 64.

patrimoniales que el funcionario sufre o abona por razón del servicio y comprende las siguientes:

a. Comisiones de servicio: que comprende dietas por gastos diarios de manutención y alojamiento y gastos de viaje cuando se realiza en términos municipales distintos del lugar de trabajo.

7. Por último, cabe que el funcionario perciba retribuciones por desplazamientos dentro del término municipal por razón de servicio:

a. Por traslado de residencia.

b. Por asistencia a determinados órganos colegiados de la Administración y a los consejos de administración de empresas públicas.

c. Retribuciones diferidas, que son las aportaciones que hace la Administración a planes de pensiones.

5.1.1. Retribuciones básicas

5.1.1.1. Sueldo

El EBEP en su art. 23.1 a) dispone que el sueldo está en función del asignado a cada Subgrupo o Grupo profesional.

Está en función del índice de proporcionalidad asignado a cada uno de los grupos en que se organizan los Cuerpos y Escalas, Clases y Categorías [art. 23.2.a) de la LMRFP -transitoriamente vigente según la DF Cuarta del EBEP-].

La determinación de los índices es materia reservada a la Ley no pudiendo determinarse por vía reglamentaria o acto administrativo dictado por la Administración.

Se establece que el sueldo de los funcionarios del grupo A no podrá exceder más de tres veces el sueldo de los funcionarios pertenecientes al grupo E (art. 24 de la LMRFP -transitoriamente vigente según la DF Cuarta del EBEP-).

Para 2014 el importe se recoge en el artículo 20.Cinco.1 de la Ley 22/2013.

5.1.1.2. Antigüedad

El EBEP en su art. 23.1 b) establece que los trienios consisten en una cantidad, que será igual para cada Subgrupo, por cada tres años de servicio. *Vid* art. 23.2.b) de la LMRFP

En el caso de que un funcionario preste sus servicios sucesivamente en diferentes Cuerpos, Escalas, Clases o Categorías de distinto grupo de clasificación, tendrá derecho a seguir percibiendo los trienios devengados en los grupos anteriores.

Cuando un funcionario cambie de adscripción a grupo antes de completar un trienio, la fracción de tiempo transcurrido se considerará como tiempo de servicios prestados en el nuevo Grupo [arts. 23.2.b) de la LMRFP -transitoriamente vigente según la DF Cuarta del EBEP- y 155 del TRRL].

Son servicios computables a efectos de trienios los prestados a las Administraciones Públicas, sea cual sea el régimen estatutario de carrera o de empleo, o contratación administrativa o laboral (art. 1 de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública, desarrollado por el RD 1461/1982). No son computables los períodos de tiempo desempeñados durante las prestaciones de carácter obligatorio (STS de 22-12-1986, [RJ 1986, 6535]); tampoco lo son los servicios prestados en casos de compatibilidad con un segundo puesto de trabajo [art. 7. 2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (LI)].

La DA 26ª de la LMRFP introducida por la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005, extiende el reconocimiento de servicios a efectos de trienios a los prestados en las Administraciones Públicas de cualesquiera Estados de la Unión europea.

Para el ejercicio 2014 el importe se recoge en la Ley 22/2013, en el artículo 20.Cinco.2.

5.1.1.3. Las pagas extraordinarias

Se contemplan en el artículo 22.4 del EBEP conforme al cual “(...) *Las pagas extraordinarias serán dos al año, cada una por el importe de una mensualidad de retribuciones básicas y de la totalidad de las retribuciones complementarias, salvo aquellas a las que se refieren los apartados c) y de) del artículo (...)*”.

Se comprueba en este precepto una consolidación de la tendencia a que las pagas extraordinarias constituyan una paga más de las que recibe el empleado público.

Las cuantías de las pagas extraordinarias serán iguales, en este sentido en todas las Administraciones Públicas, para cada uno de los grupos de clasificación según el nivel del complemento de destino que se perciba, para todos los funcionarios encuadrados en el mismo grupo de titulación (art. 50.tres de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que da nueva redacción al art. 24.1 de la LMRFP -transitoriamente vigente según la DF Cuarta del EBEP-). Ahora bien, esta igualdad es relativa, pues se da una identidad de conceptos, pero no de cuantía, ya que el complemento específico es diferente en cada Administración Pública [Art. 24. Uno B) de la Ley 22/2013].

Las pagas extraordinarias de los funcionarios se devengarán el primer día hábil de los meses de junio y diciembre y con referencia a la situación y derechos del funcionario en dichas fechas, salvo en los siguientes casos:

a) Cuando el tiempo de servicios prestados hasta el día en que se devengue la paga extraordinaria no comprenda la totalidad de los seis meses inmediatos anteriores a los meses de junio o diciembre, el importe de la paga extraordinaria se reducirá proporcionalmente, computando cada día de servicios prestados en el importe resultante de dividir la cuantía de la paga extraordinaria que en la fecha de su devengo hubiera correspondido por un período de seis meses entre 182 (183 en años bisiestos) o 183 días, respectivamente.

b) Los funcionarios en servicio activo que se encuentren disfrutando de licencia sin derecho a retribución en las fechas indicadas devengarán la correspondiente paga extraordinaria, pero su cuantía experimentará la reducción proporcional prevista en el párrafo a) anterior.

c) En el mes en que se produzca un cambio de puesto de trabajo que conlleve la adscripción a una Administración distinta, aunque no implique cambio de situación administrativa, en cuyo caso la paga extraordinaria experimentará la reducción proporcional prevista en la letra a) anterior [añadido por la DA 36ª de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005, que incorpora una nueva letra c) al Art. 33 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988 y recogido en la norma 2.6 c) de la Resolución de 25 de mayo de 2010)].

d) En el caso de cese en el servicio activo, incluido el derivado de un cambio de Cuerpo o Escala de pertenencia, la última paga extraordinaria se devengará el día del cese y con referencia a la situación y derechos del funcionario en dicha fecha, pero en cuantía proporcional al tiempo de servicios efectivamente prestados, salvo que el cese sea por jubilación, fallecimiento o retiro de los funcionarios a que se refiere la letra d) del punto A) 2. 3 7 de la Resolución de 25-5-2010, en cuyo caso los días del mes en que se produce dicho cese se computarán como un mes completo.

A los efectos previstos en el presente apartado, el tiempo de duración de licencias sin derecho a retribución no tendrá la consideración de servicios efectivamente prestados.

Si el cese en el servicio activo se produce durante el mes de diciembre, la liquidación de la parte proporcional de la paga extraordinaria correspondiente a los días transcurridos de dicho mes se realizará de acuerdo con las cuantías de las retribuciones básicas vigentes en el mismo.

e) Cuando los funcionarios hubieran prestado una jornada de trabajo reducida durante los seis meses inmediatos anteriores a los meses de junio o diciembre, el importe de la paga extraordinaria experimentará la correspondiente reducción proporcional [art. 24.Uno B) de la Ley 22/2013].

Las cuotas de derechos pasivos y de cotización de los mutualistas a las Mutualidades Generales de Funcionarios correspondientes a las pagas extraordinarias, se reducirán en la misma proporción en que se minoren dichas pagas como consecuencia de abonarse las mismas en cuantía proporcional al tiempo de servicios efectivamente prestados, cualquiera que sea la fecha de su devengo (art. 33 de la Ley 33/1987, de Presupuestos Generales del Estado).

Cuando se desempeñe un segundo puesto de trabajo en el sector público las pagas extraordinarias sólo podrán percibirse por uno de los puestos, cualquiera que sea su naturaleza (art. 7.2 de la LI).

5.1.2. *Retribuciones complementarias*

5.1.2.1. Complemento Destino

Para la LMRFP se trata de una retribución “*correspondiente al nivel del puesto que se desempeñe*” [artículo 23.3.a)]. El EBEP permite vincularlo con la retribución de “*la progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa*” [artículo 24.a)].

Consiste en establecer una serie de tramos en los que se compone la carrera y por los que el funcionario va pasando por un sistema que compagine la antigüedad y el desarrollo efectivo y positivamente evaluado y que tiene como característica el que el funcionario en cuestión obtiene, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo, una ganancia personal que constituye suficiente incentivo para no verse abocado a utilizar procedimientos concursales para actividades funcionales que no sean las que se corresponden con su ámbito de actividad.

El EBEP establece el siguiente modelo de carrera:

- Carrera horizontal, se materializa mediante la progresión o avance de grados, de categorías u otras clases de escalones de ascenso, sin necesidad de cambiar de puestos de trabajo, vinculada al desarrollo de las competencias del puesto de trabajo y al rendimiento, evaluado y acreditado.

- Carrera vertical, mediante el ascenso en la estructura de puestos de trabajo por los procedimientos de provisión de puestos de trabajo establecidos en el Capítulo III del Título V del EBEP.

- Promoción interna horizontal, que consiste en el acceso a cuerpos o escalas del mismo subgrupo profesional a otro inmediatamente superior, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18.

- Promoción interna horizontal, que consiste en el acceso a cuerpos o escalas del mismo subgrupo profesional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18.

La carrera se desarrolla dentro del grupo profesional en el que se ha ingresado, mientras que la promoción interna trata de permitir un ejercicio funcional de mayor responsabilidad.

Lo trascendente a la hora de determinar el nivel del complemento de destino es el puesto de trabajo que se desempeña y no el Cuerpo o Escala en que se integra el funcionario (SSTS de 20-4-1994 [RJ 1994, 2962]; 22-11-1994 [RJ 1994, 9271]; 3-2-1995 [RJ 1995, 1217]).

La Administración goza de una amplia discrecionalidad para asignar a cada puesto de trabajo un nivel entre los varios que componen el tramo correspondiente al grupo a que pertenezcan¹⁵ los funcionarios que han de desempeñarlos, consecuencia de la potestad de autoorganización que tiene la Administración¹⁶, por lo que respetados los límites legales sólo puede ser combatida la decisión adoptada por la Administración cuando se acredite, bien la existencia de desviación de poder, bien la injustificada diferenciación de puestos de trabajo sustancialmente idénticos en términos que obliguen a considerarla discriminatoria (STSJ de Murcia 2-3-1992).

El grado personal consolidado comporta el derecho a la percepción como mínimo del complemento de destino de los puestos del nivel correspondiente al mismo (art. 70.12 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado).

Las cuantías a percibir en concepto de complemento de destino correspondiente al nivel del puesto de trabajo que se desempeñe, referidas a doce mensualidades serán las siguientes [art. 24. Uno C) de la Ley 22/2013].

¹⁵ El artículo 71 RGI atribuye los siguientes niveles mínimo y máximo a cada uno de los grupos:

- grupo A..... 20 a 30
- grupo B..... 16 a 26
- grupo C..... 11 a 22
- grupo D..... 9 a 18
- grupo E..... 7 a 14

¹⁶ El artículo 4 LBRL establece que: “1. En su calidad de Administraciones públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, corresponde en todo caso a los municipios, las provincias y las islas:

- a) Las potestades reglamentarias y de autoorganización.
- ...”

5.1.2.2. Complemento específico

En el ámbito de las retribuciones complementarias, el complemento específico tiene por objeto retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo “en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad o penosidad” (art. 4.1 RDRFAL; *cfr* art. 23.3 b) Ley 30/1984, de 2 de agosto). En los puestos de trabajo reservados a la Policía Local, concurren circunstancias especiales que pueden determinar la asignación de un determinado complemento específico, determinados tras su adecuada valoración. Entre los factores de ponderación peculiares, puede estar la prestación de servicios en días coincidentes con festivos, en horario de noche o los fines de semana, son los llamados factores variables a percibir únicamente cuando se da el efecto variable, y es el complemento específico el que ha de servir para retribuir estas condiciones particulares¹⁷.

5.1.2.2.1. Retribuciones destinadas a retribuir las jornadas especiales

La jurisprudencia viene rechazando la existencia de pluses autónomos vinculados a la persona, señalándose que dentro del sistema legal no existe en abstracto un complemento de penosidad a aplicar individualmente, sino que existe una regulación directa del complemento retributivo asignado a cada puesto, mediante la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo, de modo que, al margen de ella, no existe complemento posible (Sentencia del TSJ Andalucía de 30 de octubre de 2003).

La Sentencia 304/2009, de 9 de marzo, del TSJ Andalucía, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la FSP-UGT, contra la resolución de 16 de abril de 2.007 del Ayuntamiento de Granada por la que se da publicidad a la aprobación definitiva de la Relación de Puestos de Trabajo del Ayuntamiento, aprobada en sesión de 13 de abril de 2.007, declarándolo ajustado a derecho. En el FJ 7º analiza el concepto de disponibilidad y dedicación, señalando que son subfactores que se valoran en la Relación de Puestos de Trabajo como un elemento que dota la especial dedicación que se debe exigir a determinados puestos de trabajo y que no responde a criterios arbitrarios, sino a la prestación laboral cualificada de la efectiva disposición de un trabajador con respecto al empresario.

Sigue indicando la citada sentencia que el complemento de disponibilidad de dedicación son subfactores que se aplican a trabajadores específicos adscritos a un puesto de trabajo como características especiales del mismo, que requieren “disponibilidad habitual” y que se especifican y se valoran “motivadamente” a la hora

¹⁷ Vid. Sentencia del TSJ Extremadura de 22 de septiembre de 2011.

de elaborar la RPT, sin que éste plus pueda dar lugar a confundir disponibilidad y dedicación con un aumento de jornada, ni que la misma responda a una actividad extraordinaria del trabajador, sino una característica especial del concreto puesto de trabajo y, por tanto, valorado y compensado con un subfactor, el de dedicación, conforme al art. 23.3 b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública, y al art. 4.1 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el Régimen de las Retribuciones de los funcionarios de Administración Local, tanto la disponibilidad como la dedicación, no se acumula como trabajo prestado que haya de sumarse a la jornada ordinaria de trabajo, y asimismo es incompatible abonar la cantidad satisfecha como si fueran horas extraordinarias.

Se puede citar en relación a las jornadas especiales el Dictamen del Consejo de Función Pública, Relaciones de Puestos de Trabajo y Retribuciones dictado en Atención de Consulta de 27 de septiembre de 1991 en relación a jornada partida y complemento de productividad¹⁸:

“El nivel del puesto de trabajo y la percepción de un complemento específico no determinan, forzosamente, el cumplimiento de la jornada en régimen de mañana y tarde, extremo que corresponde decidir al Subsecretario de cada Departamento, en ejercicio de la competencia que tiene atribuida.

Para los casos de desempeño de un puesto de trabajo en el Servicio de Información, rige el horario establecido en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de enero de 1983, para las oficinas de atención al público, que supone la jornada partida, de lunes a viernes y el cumplimiento de las mañanas de los sábados, de 9,00 a 14,00 horas.

Este horario es también el previsto en el punto 5º.1 de la Resolución de 1 de julio de 1992, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública por la que se dictan Instrucciones obre jornada y horario de trabajo del personal.

El puesto de Auxiliar, Nivel 10, en un Servicio de Información, sujeto al horario especial que rige en las oficinas de atención al público, implica un régimen especial de dedicación retribuido, precisamente, con el complemento específico asignado al puesto, sin que sea preceptiva la asignación de complemento de productiva, que se fija de conformidad con las normas establecidas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado”.

¹⁸ Págs. 360-361 del Manual “Retribuciones de los Funcionarios Públicos” de Juan B. LORENZO DE MEMBIELA. Editorial Thomson Reuters. Navarra. Noviembre 2010.

5.1.2.3. Productividad

El complemento de productividad es una retribución complementaria que tiene por objeto retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeñe su trabajo (art. 24.c) EBEP, 23.1 LMRFP y 5º.1 RDRFAL.

Estamos ante un complemento retributivo de naturaleza subjetiva, por cuanto retribuye aspectos personales, a saber, el grado de rendimiento y el interés e iniciativa de cada funcionario en el desempeño de su trabajo. Por ello, para apreciar si procede su asignación individualizada, ha de realizarse una valoración constante del trabajo realizado, mediante la aplicación de técnicas dirigidas a la evaluación del rendimiento.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1993, recaída en recurso 2150/1991, “... Anteponer estas circunstancias objetivas (en conexión no sólo con “puestos de trabajo” sino abstractamente con “grupos profesionales”), utilizándolas para la cuantificación convencional generalizada del complemento de productividad a todos los funcionarios y personal laboral correspondientes, en la confianza de que su “buena fe” producirá resultados equivalentes en la producción individual, es argumento que no puede ser tomado en consideración. Y ello es así porque desnaturaliza la esencia y finalidad de este complemento de productividad (...)”.

En un principio, los Tribunales no tenían en cuenta las regulaciones «descafeinadas» de las Administraciones sobre las productividades, pero la situación empieza a cambiar (y la van asumiendo casi todos los TSJ), desde la STS de 15-2-1999, de cuya doctrina se deriva que cuando la Administración desnaturaliza esta retribución al regularla, al complemento se le aplica el régimen de las retribuciones fijas y periódicas.

La percepción de esta remuneración no crea derechos adquiridos a favor de los funcionarios que lo hayan percibido para años o ejercicios sucesivos, según dispone el artículo 5.3 RDRFAL, Ley 22/2013¹⁹ y artículo 156 TRRL. En tal sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en sentencia de 28 de abril de 1999, recaída en recurso nº 1950/1995, señala que la percepción del complemento de productividad en un período determinado no implica que se deba percibir en lo sucesivo (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de julio de 2004), de modo que la decisión de que no se abone en el futuro no entraña en sí un acto para el que deba seguirse el procedimiento administrativo de los artículos 68 y siguientes LRJAP-PAC, con necesaria intervención de los interesados, sino la adopción de un acuerdo por parte

¹⁹ De Presupuestos Generales del Estado para 2014

de un órgano colegiado de una Corporación local a que se refieren los artículos 22.2.i), 47 y 93.2 LRRL. Como ha entendido la jurisprudencia –continúa la indicada sentencia- los actos administrativos relativos a las retribuciones complementarias tienen carácter normativo y constituyen disposiciones de carácter general (Sentencias de 15 de marzo de 1988, 17 de julio de 1990, 10 de marzo y 25 de noviembre de 1993). En consecuencia ni era necesaria la notificación de la iniciación con arreglo al artículo 58 de la LRJAP-PAC ni la intervención y audiencia de los interesados en los términos que se exige para el procedimiento administrativo en los preceptos antes mencionados.

5.1.2.4. Retribuciones destinadas a retribuir el exceso de jornada

Constituyen servicios extraordinarios las horas trabajadas por encima de las treinta y siete horas y media semanales. Las mismas se consideran como gratificaciones por servicios extraordinarios a efectos de su retribución (STSJ de Castilla-La Mancha 12-3-1993 [AS 1993, 1629]. La regulación del concepto gratificación por servicios extraordinarios fuera de la jornada normal se lleva a cabo en el artículo 23.3.d) de la LMRFP –transitoriamente vigente según la DF Cuarta del EBEP-. En similares términos el artículo 24. d) del EBEP. En el ámbito local se impone la limitación de que las mismas no sean fijas en su cuantía ni periódicas en su devengo (artículo 6 RDRFAL).

Esta clase de retribuciones complementarias tiene carácter extraordinario por lo que no origina derechos individuales para períodos sucesivos [artículo 26.Uno. F. de la Ley 22/2013, de de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014 (B.O.E núm. 309 de 26 de diciembre de 2013)], por este motivo el TSJ de Murcia, en sentencia de 31-12-1993, desestimó la pretensión de unos funcionarios de reconocimiento de una gratificación fija y de percepción periódica.

Las gratificaciones retribuyen unos servicios prestados efectivamente, por lo que al no prestarse servicios durante el período vacacional no se tiene derecho a su percepción.

Al contrario de lo que sucede con el personal laboral, el personal funcionario no está sujeto a limitación en cuanto al número de horas dedicadas a servicios extraordinarios.

Si bien no está expresamente prohibido por la legislación que regula la negociación colectiva de los funcionarios públicos la compensación de las prolongaciones de jornada por encima del máximo legal parece que estamos ante una materia en la que rige el principio de vinculación positiva, esto es, que únicamente se puede hacer aquello que la ley recoge, y no lo que la ley prohíbe (vinculación negativa). (STS, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 7ª, de 30 de septiembre de 2009, dictada en Recurso de casación número 6087/2005).

5.3. Negociación colectiva.

5.3.1. *Retribuciones fijadas por el Estado: salario base, antigüedad, complemento destino y pagas extras.*

La Ley 22/2013, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014 (B.O.E núm. 309 de 26 de diciembre de 2013), dedica su Título III a los Gastos de Personal. Se han tenido en cuenta los artículos 20 (Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público) por el se fija el importe del sueldo y trienios de las mensualidades ordinarias y de las pagas extraordinarias de los meses de junio y diciembre y 24 (Retribuciones de los funcionarios del Estado incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en los términos de la disposición final cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público) en cuanto al importe del complemento destino.

El artículo 37.1 EBEP señala que serán objeto de negociación, entre otras materias, la aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas, la determinación y aplicación de las **retribuciones complementarias** [apartados a) y b)]. En cuanto a estas últimas:

La aprobación del Complemento Específico, compete al Pleno, en uso de su autonomía. La fijación de cantidad global a asignar los Complementos Específicos no podrá exceder del límite máximo que fija el artículo 7.2.a) RDRFAL; el límite global convenido se recogerá en el Presupuesto, y la cantidad a asignar a cada puesto estará en función de su catalogación y de sus criterios de valoración objetiva que para dicha catalogación se hayan acordado en la Mesa de negociación. Porcentaje máximo: 75 por ciento de la diferencia de restar a la masa retributiva global presupuestada el importe de las retribuciones básicas, pagas extraordinarias y complemento de destino.

Respecto al Complemento de productividad, su determinación ha de ser objeto de negociación colectiva y corresponde al Pleno y, por tanto, a los miembros de la Mesa de negociación, determinar la cantidad global asignada a los funcionarios por productividad dentro de los límites máximos del artículo 7.2.b) RDRFAL, su distribución entre los diferentes programas o áreas y la fijación de los criterios de valoración de los factores a tomar en cuenta para su distribución individualizada, tras la cual compete al Alcalde aplicar dicha cifra a los distintos funcionarios. Porcentaje máximo: 30 por ciento de la diferencia de restar a la masa retributiva global

presupuestada el importe de las retribuciones básicas, pagas extraordinarias y complemento de destino.

El porcentaje máximo en las gratificaciones por servicios extraordinarios será del 10 por ciento de la diferencia de restar a la masa retributiva global presupuestada el importe de las retribuciones básicas, pagas extraordinarias y complemento de destino.

Corresponde al Pleno de la Corporación determinar en el presupuesto la cantidad global destinada a la asignación de gratificaciones a los funcionarios dentro de los límites máximos señalados en el artículo 7.2.c) RDRFAL (10 por 100 de la masa retributiva) y al Alcalde o Presidente de la Corporación la asignación individual, con sujeción a los criterios que, en su caso, haya establecido el Pleno, sin perjuicio de las delegaciones que pueda conferir conforme a lo establecido en la LRBRL.

5.4. Impugnaciones.

5.4.1. Relación de puestos de trabajo.

Destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2014, recaída en el recurso 2986/2012. Esta sentencia plantea un cambio de posición sobre la naturaleza jurídica de las Relaciones de puestos de trabajo (RPT). Este cambio afectaría a la RPT de la Administración General del Estado, no necesariamente a las de las comunidades autónomas y entidades locales, respecto de las cuales será necesario examinar los términos en los que se regula este instrumento en la legislación autonómica. Si bien no parece que puedan existir cambios en ámbitos infraestatales²⁰.

Si la naturaleza de la RPT es la de acto administrativo, su producción, validez y eficacia, impugnabilidad, procedimiento y requisitos para la impugnación en vía administrativa y procesal, etc., se llevará a cabo de acuerdo con la normativa rectora de los actos administrativos y la singular de este instrumento. El efecto más grave para el funcionario será el de la imposibilidad del recurso indirecto contra la RPT, hecho que impedirá recurrir los complementos retributivos de un puesto de trabajo por parte del empleado al que se adscriba si ya está aprobada y ha transcurrido el plazo para interponer el recurso directo.

5.4.2. Nómina

El funcionario podrá impugnar las nóminas mensuales de haberes, sin que pueda alegarse que se tratan de actos reproducción de otros anteriores y, por tanto, consentidos y firmes, pues en materia de retribuciones periódicas se da una relación de tracto

²⁰ Boletín CEMICAL núm. 67 de Mayo de 2014. Sentencia comentada por Josep Aldomá.

sucesivo y las nóminas son una mera constatación documental del pago de haberes a los funcionarios y constituyen actos de aplicación individualizados de las disposiciones reguladoras de tales haberes, por lo que gozan de autonomía e independencia respecto de las nóminas de otros meses, sin que, en consecuencia, la confección de una concreta nómina vincule a las sucesivas.

Las nóminas gozan de autonomía, por ser actos de aplicación de una normativa vigente que responden a unos servicios prestados, distintos de los devengados con anterioridad (STC 126/1984, de 26/diciembre); y ello determina que los derechos económicos serán siempre ejercitables mientras no transcurra el plazo de prescripción del art. 46 LGT (S.A.N. 14 /Enero/1999, RJCA 3403). Aunque las retribuciones se contengan en un Acuerdo, reproducción de otro anterior, ello no implica que sean impugnables (S.TSJ Baleares, de 28/Abril/2000, RJCA 891).

“En materia retributiva no puede entenderse que exista una permanencia indefinida e inamovible de las situaciones, de forma que un previo consentimiento de actos no crea una situación inalterable, ya que las resoluciones jurisprudenciales más recientes vienen templando este rigor acudiendo a conceptos como es la consideración de que en materia de retribuciones periódicas se da un tracto sucesivo en el que pueden aislarse períodos retributivos concretos y el consentir unos concretos actos, liquidaciones o un periodo retributivo no impide impugnar los sucesivos y posteriores, o que la impugnación de un determinado periodo de retribuciones puede aislarse conceptualmente respecto a la impugnación de los actos liquidativos o nóminas que los sustentan, lo que no impide la impugnación de las liquidaciones de futuro que se realicen” (TSJ Castilla-León (sede Valladolid), Sentencia núm. 2077/2006, de 21/Noviembre).

6. CONCLUSIONES.

Queda claro que la única coincidencia en el tema del horario de servicio entre los policías locales y el resto de los funcionarios públicos es que el cómputo de la jornada anual de aplicación a las Entidades locales coincide con la jornada de los funcionarios de la Administración del Estado. En este caso, este cómputo anual se fijó por la Resolución de 28 de diciembre de 2012 de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración General del Estado de la Secretaría General para la Administración Pública (EDL 2005/20633), donde se establece en mil seiscientos sesenta y cuatro horas anuales.

Resulta aconsejable que se incluyan precisiones sobre las vacaciones de la policía local en el acuerdo de funcionarios, en el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Policía Local²¹ del ayuntamiento o en la Resolución donde se fijen los horarios y jornadas de este colectivo, teniéndose en cuenta en los citados instrumentos de gestión de recursos humanos que la jornada anual debe ser la misma para todos los funcionarios de la Administración Local y para los del Estado, siendo aconsejable que se permita el disfrute de veintidós hábiles de vacaciones considerando como tales los de servicio efectivo del cuadrante²².

La distribución de la jornada durante los días de trabajo y, en concreto, el establecimiento de los horarios de trabajo, pertenece a la potestad organizatoria de la Administración respecto de los servicios a su cargo, potestad discrecional que ha de ser ejercida en atención a las necesidades de los diferentes servicios, y por lo que se refiere a los servicios a cargo de la Policía Local, dado su carácter permanente durante todos los días del año y, por tanto, en los normales días de descanso semanal y festivos, las veinticuatro horas de cada día, estableciéndose los oportunos turnos. El hecho de que hayan de prestar servicios en festivos, entra dentro de las especificidades de los horarios de estos funcionarios, circunstancia que junto con las demás que concurren en el desempeño de sus funciones (régimen de incompatibilidades, movilidad por razones de servicio, dedicación y riesgo de las misiones) han de ser tenidas en cuenta en la fijación de sus retribuciones, como señala el artículo 6.4 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado²³.

²¹ Así, la propia Disposición Final LRBR/1985 disposición final 3ª Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen local, establece expresamente que el personal de las Policías Municipales contará con un reglamento específico, teniendo en cuenta la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad –LOFCS– que prevé en su art. 6.5 Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que reglamentariamente se determinará su régimen de horario de servicio que se adaptará a las peculiares características de la función policial.

²² Así, por ejemplo si el funcionario tiene un cuadrante de servicio que recoge secuencias de 6 días de servicio x 4 de descanso se considerarían hábiles a efectos de vacaciones los 6 días.

²³ De conformidad con el artículo 52 de la citada Ley, los Cuerpos de Policía Local son Institutos armados, de naturaleza civil, con estructura y organización jerarquizada, rigiéndose, en cuanto a su régimen estatutario, por los principios generales de los Capítulos II (artículo 5) y III (artículos 6, 7 y 8) del Título I...

7. BIBLIOGRAFÍA.

CEMICAL. Boletín núm. 67 de Mayo de 2014.

ORTUÑO NAVALÓN, M^a CARMEN Y MANZANA LAGUARDA, RAFAEL S. *Las retribuciones de los empleados públicos. Estatuto Básico del Empleado Público*. Tirant Monografías 586. Valencia 2008.

PÉREZ ALONSO, MARÍA ANTONIA. Curso Monográfico de Estudios Superiores “La incapacidad temporal del empleado público en la Administración Local tras el Real Decreto Ley 20/2012”. CEMCI 2014.

EVOLUCIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL DEL EMPLEADO PÚBLICO.

María del Mar MARTÍNEZ QUIJANO.
Administrativo Departamento de Personal.
Ayuntamiento de Tarifa.

Trabajo de evaluación presentado para el Curso Monográfico de estudios superiores: La Incapacidad Laboral del Empleado Público en la Administración Local tras el RDL 20/2012. Granada, CEMCI. Abril a Mayo 2014.

SUMARIO:

1. Legislación básica aplicable.
2. Fundamentos jurídicos.
3. Fundamentos de derecho.

1. LEGISLACIÓN BÁSICA APLICABLE.

- Orden de 25.11.66, Colaboración de las Empresas en la gestión del Régimen General.
- Orden de 13.10.1967, normas de aplicación y desarrollo de la prestación de Incapacidad Laboral Transitoria
- Decreto 1646/1972, de 23 de junio, normas de aplicación en materia de prestaciones del Régimen General de acuerdo con la Ley 24/1972
- Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Orden de 30.04.1977, desarrollo del Real Decreto – Ley 17/1977, de 4 de marzo, en materia de Seguridad Social
- Real Decreto – Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.
- Real Decreto 53/ 1980, de 11 de enero, cuantía de la prestación de Incapacidad Laboral Transitoria.

- Orden de 6.4.1983, normas a efectos de control de la situación de Incapacidad Laboral Transitoria en el Sistema de la Seguridad Social.
- Orden de 16.12.87, nuevos modelos para la notificación de accidentes de trabajo y se dan instrucciones para su cumplimentación y terminación.
- DT. 5ª de R. D. 480/1993, de 2 de abril por el que se integra en el Régimen General de la Seguridad Social el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local y OM de 7.4.1993 por el que se desarrolla la integración de la MUNPAL en el Régimen General de la Seguridad Social.
- RDL 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.
- RD 1993/1995, de 7 de diciembre, reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional de la Seguridad Social.
- RD. 575/1997, de 18 de abril, por el que se regula determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal. OM de 19 de Junio de este mismo año que desarrolla este RDL.
- OMTAS 1/2007, de 2 de enero por la que se establece el modelo de parte de enfermedad profesional, se dictan normas para su elaboración y transmisión y se crea el correspondiente fichero de datos personales.
- Resolución de 7-5-2009, de la D.Gral. de Ord. de la S.S., sobre consideración como situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común de los períodos de aislamiento preventivo sufridos por los trabajadores como consecuencia de la gripe A1 H1.
- RD. 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal.
- Ley 27/2011, de actualización adecuación y modernización del sistema de seguridad social.
- RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.
- Ley 17/2012 de Presupuestos Generales del Estado para el 2013.
- Ley 22/2013 de Presupuestos Generales de Estado para el 2014, la cual da nueva redacción a los determinados aspectos de la INCAPACIDAD TEMPORAL.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

Primero.- Naturaleza y concepto jurídico.

La Incapacidad Laboral es una situación de incapacidad para trabajar causada por accidente de trabajo o enfermedad profesional, enfermedad común y el accidente no laboral, que requiere asistencia médica y que se supone transitoria o de corta duración. La Incapacidad Laboral está cubierta por la acción protectora del sistema de seguridad social (art. 38.1c LGSS), que concede a tal efecto dos tipos de prestaciones; asistencia sanitaria y prestación económica, conocida ésta como subsidio, que lógicamente tiene como finalidad sustituir la pérdida temporal de ingresos propios del trabajador durante ese periodo.

Segundo.- Determinación de la contingencia y regulación legal.

Aun cuando el trabajador no esté afectado en sentido estricto, por un accidente o enfermedad, la protección por la Incapacidad Transitoria se ha ampliado a los períodos de aislamiento preventivo a que se vean sometidos los trabajadores como consecuencia de la Gripe producida por el nuevo virus A H1 N1 (conocido popularmente como gripe porcina) serán considerados como situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, y durante los mismos los afectados tendrán derecho a las correspondientes prestaciones, cumplidos los demás requisitos en cada caso exigidos, y en los términos y condiciones establecidos, por las normas del Régimen de la Seguridad Social en que se encuentre encuadrado el trabajador. (Resolución de 7-5-2009, de la D.Gral. de Ord. de la S.S).

La Incapacidad Laboral Temporal puede surgir de riesgos profesionales o de riesgos comunes existiendo un proceso patológico de intensidad suficiente como para imposibilitar la realización del trabajo por lo que inevitablemente requiere no sólo una decisión de carácter administrativo, sino también de carácter médico (art. 1 RD. 575/1997), esto es la necesaria concurrencia de criterios técnicos- administrativos (que residen en las instituciones de la seguridad social) y criterios médicos (que pertenezcan a las instituciones sanitarias).

El hecho de que la IT derive de una pluralidad de causas no permite aplicar la combinación de esas reglas, sino que debe considerarse que todas las dolencias provienen del mismo origen – común o profesional- en la medida que “el proceso de La Incapacidad Transitoria es una realidad de contenido unitario, cuyos efectos se aplican de forma única e indiferenciada a toda la situación protegida, sin que sea posible establecer diferencias ni distingos en cuanto a su protección”.

El hecho de que la incapacidad temporal tenga su origen en riesgos comunes o en riesgos profesionales produce diferencias en la accesibilidad o intensidad de la

protección. Así, si la incapacidad laboral se debe a accidente de trabajo o enfermedad profesional, tanto los requisitos de acceso como el nivel de protección ofrecen un tratamiento más favorable que en la incapacidad debida a enfermedad común o accidente no laboral, con la salvedad de que el accidente común, a veces se adscribe a ese trato más beneficioso. (art. 128, 129, 130, 131, 132, y 133 LGSS; RD 575/1997; OM 13-10-1967, OM 19-06-1997, OM 18-09-1998)

Sin embargo el periodo de duración máxima de la Incapacidad en ambos casos tendrá una duración de doce meses prorrogables por otros seis cuando se presuma que durante ellos pueda el trabajador ser dado de alta médica por curación.

En caso de maternidad, la duración máxima era de 16 semanas.

Un caso particular de incapacidad temporal es el que coincide con <el tiempo necesario para el estudio médico de la enfermedad profesional cuando haya necesidad de aplazar el diagnóstico definitivo> (art. 133.1 LGSS). Es lo que legalmente se denomina periodo de observación por enfermedad profesional, que va acompañado de la baja en el trabajo (para un mejor seguimiento de la situación) pero que, a diferencia de las situaciones ordinarias de incapacidad, no conlleva necesariamente un tratamiento sanitario específico, precisamente porque el proceso patológico concreto no se encuentra confirmado. Por ello, el período de observación sólo puede ser mantenido mientras no se haya expresado un diagnóstico definitivo.

En este caso el periodo inicial para la Incapacidad temporal se establece en seis meses, prorrogables por otro seis si se considera necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad (art. 128.1b LGSS: art. 15 OM 13-10-1967).

En cualquier caso, dentro del periodo máximo de duración de la situación por incapacidad temporal debida a accidente o enfermedad se contabilizan tanto los períodos de observación como los de recaída. (Art. 128 LGSS).

Se entiende que existe “recaída”, dentro de un proceso patológico de la misma naturaleza, la situación de incapacidad temporal cuando ésta se ve interrumpida por uno o varios períodos de actividad de duración inferior a seis meses. En ese caso se considera que hay una sola situación de incapacidad temporal, sometida a un único plazo máximo. (Art. 9 OM 13.10.1967), Se consideraran situaciones de incapacidad temporal distintas, cuando los periodos intermedios de actividad son superiores a seis meses, o cuando, siendo de duración inferior, se trata claramente de enfermedades que no dan lugar a procesos patológicos de la misma naturaleza.

Tercero.- Requisitos y contenido de la prestación por incapacidad temporal.

En cuanto a la prestación económica, La Orden de 13.10.1967 su art. 2 dice: “La prestación económica en cualquiera de las situaciones constitutivas de incapacidad laboral transitoria que se señalan en el artículo anterior, consistirá en un subsidio equivalente al 75 por 100 de la base de cotización del trabajador en la fecha en que se declare iniciada legalmente la incapacidad...”. Es el Real Decreto 53/1980 de 11 de enero el que establece que, en caso de ILT derivado de enfermedad común o accidente no laboral, la cuantía del subsidio será, durante el período comprendido entre el 4º día a partir del de la baja y el 20º, el 60% sobre la base reguladora.

Con lo cual el porcentaje del subsidio quedaría de la siguiente forma:

Enfermedad común o accidente no laboral: El 60% de la base reguladora desde el cuarto día al vigésimo, ambos inclusive, contados a partir del día de la baja. El 75% desde el día vigésimo primero.

Accidente de trabajo, enfermedad profesional y maternidad: El 75% desde el día en que se produzca el nacimiento del derecho.

Para la percepción del subsidio de la Incapacidad temporal es necesario tener una serie de requisitos entre los que se encuentra “reunir un periodo mínimo de cotización”, (Art. 3 de la Orden 13.10.1967).

Enfermedad común: 180 días dentro de los 5 años inmediatamente anteriores a la fecha en que se produzca la baja.

Maternidad: 180 días en el año inmediatamente anterior al parto y que la trabajadora haya sido afiliada por lo menos 9 meses antes de dicho momento.

Accidente, sea o no de trabajo, y enfermedad profesional: no se exige período mínimo de cotización.

Para el trabajador a tiempo parcial:

El periodo de años para el cómputo de los 180 días se incrementa en la misma proporción en que tiene reducida la jornada de trabajo efectivo respecto de la jornada habitual.

Para acreditar el período de cotización necesario de 180 días, se computaban exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se divide por 5

(equivalencia diaria de 1826 horas anuales). La fracción de día se asimila a día completo.

Al igual que para el trabajador a tiempo completo para la incapacidad temporal como consecuencia de accidente o de una enfermedad profesional, no se exige período previo de cotización (art. 130b LGSS). Cuando deriva de Enfermedad Común, se exige haber cotizado un período de 180 días dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al hecho causante. Tiene gran relevancia la regulación que sobre el tiempo parcial ha realizado el RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores ya que en cuanto al cálculo del porcentaje de parcialidad se tiene en cuenta el número de días a tiempo parcial más el número de días a tiempo completo. Ésta suma sobre el total de días en alta a lo largo de la vida laboral del trabajador nos dará el global de parcialidad.

En cuanto a la prestación de IT, también ha sido afectada por la Ley 1/2014 de 28 de febrero, y así se indica que para los supuestos de subsidio de IT, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos 5 años, de este modo si para la prestación de IT por enfermedad común se precisan 180 días cotizados, en el caso de un trabajador a tiempo parcial precisará únicamente de 90 días para poder hacerlo.

Cuarto.- Competencia en materia de incapacidad temporal.

Calificación de las competencias para determinar la incapacidad.

Tras la modificación de los arts. 61.2 y 80.1 del RD 1993/1995, de 7 de diciembre por el RD 1041/2005, de septiembre, debe entenderse que la competencia para determinar con carácter previo si la situación de incapacidad tiene su origen en un riesgo profesional o en un riesgo común corresponde al INSS y no a las mutuas.

El Instituto Nacional de Seguridad Social es la única entidad competente para emitir una nueva baja médica por IT cuando esa situación se produzca en un plazo de seis meses posterior al alta médica por agotamiento del plazo máximo de otra IT precedente y por la misma o similar patología (art. 128.1ª LGSS). Del mismo modo y a través de la Ley 40/2007, se atribuyó al INSS al igual que ya lo hiciera la Ley 30/2005, la competencia para decidir la prórroga de los 180 días, después de agotar el plazo de los 365 de IT tanto si deriva de contingencias comunes como de contingencias profesionales.

Particularmente el DECRETO 171/2009, de 19 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud.

Artículo 1. Competencias de la Consejería de Salud.

La Consejería de Salud, en el marco de la acción política fijada por el Consejo de Gobierno, ejercerá las funciones de ejecución de las directrices y los criterios generales de la política de salud y consumo, planificación y asistencia sanitaria, asignación de recursos a los diferentes programas y demarcaciones territoriales, alta dirección, inspección y evaluación de las actividades, centros y servicios sanitarios y aquellas otras competencias que le estén atribuidas por la legislación vigente.

Corresponde a la persona titular de la Consejería de Salud, además de las atribuciones asignadas en el artículo 26 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, las competencias establecidas en el artículo 62 de la Ley 2/1998, de 15 de junio.

Artículo 13. Servicio Andaluz de Salud

Así p. ej. En un supuesto particular que se planteara respecto de un funcionario integrado en el Régimen General de la Seguridad Social que se siga por una Corporación Local, y ante un supuesto de hechos hipotético, resultaría que:

Antecedentes.

Primero.- Que con fecha, 18 de abril de 2007 causa baja por enfermedad común. Dicha situación se mantiene hasta el pasado 10.12.2007 en que causó alta por: INSPECCIÓN. Durante todo aquel período el funcionario “integrado en el régimen general de la Seguridad Social” aportó los partes de confirmación de la baja. (Partes nº 1 al 33), no obstante no constan en ésta empresa informe médico complementario posterior al tercer parte de confirmación, y/o trimestral sobre el control de la incapacidad temporal en los términos previstos en los arts.1, 2 del RD 575/1997, de 18 de abril y art.3.1 Orden 19.6.1997.

Segundo.- En los casos de alta médica, el funcionario solicitó ante los órganos competentes revisar, evaluar y calificar aquella. En el auto núm. 146/08, el Ilmo. Sr. D. XXXJ., Magistrado-Juez titular del Juzgado de lo Social Único de XXX, dicta sentencia 227/2008 donde en el fallo se recoge:

“Estimo íntegramente la Demanda origen de las presentes Actuaciones y, en consecuencia, revoco el Alta Laboral que fue expedida al funcionario D. xxxxxxxxx por la Inspección Médica del SAS el 10.12.2007, al que, en consecuencia, repongo en situación de IT/EC desde dicha fecha, Condenando a todos los Codemandados a Estar y Pasar por lo Anterior, y en particular, al Ayuntamiento de xxxxx, a abonar al trabajador las prestaciones correspondientes a IT desde el 11 de diciembre de 2007 y hasta que se produzca el Alta Médica correspondiente”

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El personal activo y pasivo que, en 31 de marzo de 1993, estuviese incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial de los Funcionarios de la Administración Local, quedaron integrados en el Régimen General a partir de 1 de abril de 1993. Aunque a partir de esa fecha quedan sometidos a la normativa del régimen de integración, se hace la salvedad de que la integración lo es sin perjuicio de «las peculiaridades previstas en el presente Real Decreto» (art. 1.2 RD 480/1993).

Segundo.- Las prestaciones de asistencia sanitaria y de incapacidad temporal se concederán al personal activo y, en su caso, a sus familiares, en los mismos términos y condiciones que los previstos en el Régimen General de la Seguridad Social, si bien serán prestados de acuerdo con lo establecido en la Disposición Transitoria Quinta» (art. 6 RD 480/1993).

“D. A. Quinta del R.D 480/1993.La prestación por incapacidad laboral transitoria derivada de contingencias comunes, se reconocerá y abonará por las Corporaciones Locales, entidades o instituciones que tengan a su cargo el personal activo que se integre.”

Tercero.- –La Incapacidad Temporal (IT), ya sea debida a enfermedad, común o profesional, y accidente, sea o no de trabajo, es la situación en que se encuentra el trabajador mientras «reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de doce meses, prorrogables por otros seis» (art. 128.1b LGSS, en la redacción de la Ley 40/2007, 4 dic. y art. 15.2, O. 13.10.67). La concesión de la prórroga corresponde al INSS, previa propuesta de los Equipos de valoración médica de incapacidades.

Cuarto.- Que desde esta parte se desconoce si el citado funcionario precisa necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o mejora del estado del trabajador con vistas a su reincorporación laboral, o que la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar aquella calificación, que en el caso podrá retrasarse por el período preciso, que en ningún caso podrá rebasar los 24 meses siguientes a la fecha en que hubiese iniciado la incapacidad temporal (art. 131 bis. 2 LGSS, en la redacción llevada a cabo por la Ley 40/2007, 4 dic.).

De lo expuesto, se deduce que el funcionario a partir de la sentencia 227/2008 dictada por el Juzgado Único de lo Social de xxxxxx, no volvió a aportar partes médicos a la empresa que justificasen la prórroga de la incapacidad temporal. Si bien hay que tener en cuenta que los efectos económicos de la prestación de la incapacidad temporal deben prorrogarse hasta la fecha calificación de la incapacidad permanente aunque se

supere el plazo máximo de 30 meses, cuando el retraso es consecuencia de causa imputable a la entidad aseguradora (STS 1.12.2003).

El presente supuesto de hechos nos puede servir de alguna manera para determinar el conflicto de competencias entre las Administraciones públicas a la hora de resolver un expediente de incapacidad temporal, en este caso, correspondería al Servicio Público de Salud, realizar una evaluación médica sobre la incapacidad temporal del funcionario respecto de la expectativa de recuperación o mejora con vista a su reincorporación laboral, o si la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar aquella calificación.

En cuanto al control y seguimiento.

El derecho al subsidio económico por incapacidad temporal está condicionado a la existencia del correspondiente parte de baja médica y a su oportuna tramitación. Esta situación continuará con la entrega de los partes de confirmación de baja y concluirá con el correspondiente parte de alta médica.

El trabajador deberá entregar el parte de baja médica en un plazo de tres días a partir del de la expedición del mismo.

El primer parte de confirmación de la baja se expedirá al cuarto día del inicio de la IT.

Los siguientes partes de confirmación se emitirán cada 7 días.

El alta médica deberá ser comunicada a la empresa en un plazo máximo de 24 horas. (OM de 19 de junio de 1997).

La empresa no puede cuestionar el parte de baja médica de un trabajador, pero sí puede efectuar medidas de control de salud del mismo basadas en reconocimientos médicos (Por el que los ayuntamientos verificará el estado de salud del trabajador y que determinará la suspensión de los derechos económicos en el caso de que éste se niegue a realizarlos) y medidas de vigilancia y control por detectives privados, siempre que se realicen en espacios públicos y respetando los derechos y libertades de las personas.

Es a partir del 24 de mayo del 2004 conforme establece la Orden 399/2004 de 12 de febrero que las empresas incorporadas al sistema de Remisión Electrónica de Datos (RED, agrupaciones de empresas, profesionales colegiados autorizados para su utilización, deberán utilizar el procedimiento informático para remitir al a entidad gestora o mutua patronal que gestione la prestación, las copias de los partes médicos de baja, alta o confirmación de la baja en la misma forma en que se prestan los documentos de afiliación y cotización en el sistema RED, siendo el INSS quien dará el trámite que

corresponda a los partes a él destinados y el encargado de distribuir el resto al ISM o mutua patronal, según corresponda.

El plazo de presentación de las copias en soporte telemático es el mismo que el establecido para el modelo en papel; por otra parte es obligación de las empresas el guardar los modelos de los partes médicos en soporte papel durante un plazo de cuatro años contados desde la fecha de la presentación telemática. El incumplimiento de la prestación de las copias en la forma y plazos regulados en la mencionada Orden, dará lugar a la infracción prevista en el art. 21.6 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social.

En el ámbito de la Administración Local, la no presentación de los partes de confirmación determina la extinción del contrato de trabajo por dimisión voluntaria, por la vía del artículo 49. 1d del E.T, al considerar que la falta de la entrega de los mencionados partes impide el control de la situación por parte de la empresa.

Si la incapacidad temporal se produce como consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional, y dichos riesgos resultan cubiertos a través de mutua, el parte médico de baja, así como también los de confirmación o alta y , en su caso, los informes médicos complementarios, se formalizarán directamente por los servicios médicos de dicha mutua, no siendo necesario remitir ninguna copia a la Inspección de Servicios Sanitarios de la seguridad social - u órgano similar del Servicio Público de Salud correspondiente- ni tampoco a la entidad gestora. (Art. 1 RD 575/1997; Art.10 OM 19-06-1997).

En el año 1993 se origina la integración del personal Funcionario de la Administración Local en el Régimen General de la Seguridad Social a través de RD 480/1993 de 2 de abril cuyo art 1. dice textualmente.

“1. El personal activo y pasivo que, en 31 de marzo de 1993, estuviese incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local quedará integrado con efectos del 1 de abril de 1993 en el Régimen General de la Seguridad Social.”

Así mismo los costes de integración en la Administración Local vendrán recogidos en la disposición transitoria de este mismo RD 480/1993, punto uno.

“..... la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local ingresará en la Tesorería General de la Seguridad Social una aportación económica inicial, cuyo importe se determinará por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social mediante Resolución de la Dirección General de Planificación y Ordenación Económica de la Seguridad Social; además, durante veinte años, a partir de 1 de julio de 1995, se

efectuará una aportación equivalente a cotizar, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 4 del presente Real Decreto, por un tipo adicional de cotización del 8,20 por 100 por el personal activo a que se refiere el artículo 1 de este Real Decreto.”

Y por su parte la Disposición Transitoria quinta en su punto quinto nos habla de que la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, la reconocerá y abonará las Corporaciones Locales, entidades o instituciones que tengan a su cargo el personal activo que se integre y seguirán abonando la mencionada prestación hasta la extinción de la situación de incapacidad temporal o bien hasta la calificación de la incapacidad permanente, de conformidad con el art. 2.2 del RD 1430/2009.

Así pues, el pago delegado de las corporaciones locales respecto del personal integrado por el RD 480/1993 procedente de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local no se interrumpe cuando la IT alcanza la duración de 365 días sino que continúa hasta la extinción de la Incapacidad Transitoria o bien hasta la calificación de la incapacidad permanente.

Si nos remitimos al concepto legal de “Incapacidad Temporal (IT)”, ya sea debida a enfermedad, común o profesional, y accidente, sea o no de trabajo, es la situación en que se encuentra el trabajador mientras «reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de doce meses, prorrogables por otros seis» (art. 128.1 LGSS).

Respecto a la duración máxima de la IT. cabe puntualizar que la situación de IT finaliza por el parte médico de alta expedido por el facultativo del Servicio Público de Salud (art. 4 OM 19 junio 1997), aunque la propuesta puede ser formulada por los servicios médicos de las Mutuas (art. 5 RD 575/1997; el alta médica puede deberse a declaración de incapacidad permanente. Asimismo, la situación de IT se extingue por el transcurso del plazo máximo establecido para la situación de que se trate, por haberse reconocido al beneficiario el derecho al percibo de pensión de jubilación y por incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al INSS o a la Mutua (art. 131 bis.1 LGSS).

A efectos del período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal que se señala en el art. 128 LGSS, apartado a) y de su posible prórroga, se computarán los de recaída y de observación.

A su vez, el art. 131.bis del propio Texto legal, en la redacción que le otorgó la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, establece: «Extinción del derecho al subsidio. 1. El derecho al subsidio se extinguirá por el transcurso del plazo máximo establecido para la situación de incapacidad temporal de que se trate; por ser dado de alta médica el

trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente; por haber sido reconocido al beneficiario el derecho al percibo de la pensión de jubilación; por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social; o por fallecimiento».

Poniendo en relación ambos preceptos (interpretaciones literal y sistemática, conforme al art. 3.1 del Código Civil), se llega a la conclusión en el sentido de que la situación de incapacidad temporal se mantendrá «mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo» (art. 128.1), que en este sentido se desconoce por esta parte.

Así mismo, en aquellos casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación [incapacidad permanente], ésta podrá retrasarse por el período preciso que en ningún caso podrá rebasar los 545 días a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal (art. 131.bis.2 LGSS). **Sin embargo, aquí se desconoce de la necesidad o no de tratamiento médico, de la situación clínica del interesado y/o calificación, pero sí en presencia de la expiración del plazo máximo de duración de la IT.**

Finalmente, otro tanto podemos decir en relación con el art. 10.3 de la OM de 18 de enero de 1996 («En el supuesto de extinción de la incapacidad temporal por transcurso del período máximo de duración establecido para la misma, el equipo de valoración de incapacidades elevará dictamen-propuesta al Director provincial, a efectos de la calificación procedente, dentro del plazo máximo de tres meses, a que se refiere el primer párrafo del núm. 2 del art. 131 bis del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, salvo en aquellos casos en que, conforme al segundo párrafo del mismo artículo, la situación clínica del interesado haga aconsejable demorar la calificación que, en cualquier caso, no podrá rebasar los 545 días a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal»), por cuanto asimismo contempla un supuesto de extinción de la situación por transcurso del plazo máximo legalmente previsto para su duración.

En cuanto al papel que juegan las mutuas de accidente y enfermedad profesional tanto en el control como en la gestión y trámites en los procesos que deriven no sólo de la enfermedad profesional y accidente de trabajo, sino en lo referente a los procesos que conlleven la enfermedad común o el accidente no laboral, ya sean consecuencias de partes sin baja o con baja laboral, o procesos que se deriven de la propia inspección de trabajo.

La colaboración en la gestión de los riesgos profesionales ha sido, tradicionalmente, la finalidad principal de las Mutuas (como lo denota su propia denominación: Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales). Actualmente su colaboración en la gestión de la Seguridad Social, como expresa el art. 48.2 LGSS, se extiende también a la incapacidad temporal por causas comunes, así como a actividades de prevención, recuperación y otras, como la cobertura de la IT para trabajadores por cuenta propia del régimen especial agrario y del régimen de autónomos (art. 48.3 LGSS). El Reglamento sobre Colaboración de las Mutuas, aprobado mediante RD 1993/1995, de 7 de diciembre, modificado por RD 576/1997, de 18 de abril, se refiere en sus Arts. 61 y ss. a la colaboración en cuanto a las contingencias profesionales, que fue a su vez modificado por el Real Decreto 1622/2011, de 14 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento sobre colaboración de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social (BOE número 277 de 17/11/2011). En este sentido, los empresarios podrán optar entre formalizar con la Entidad Gestora la protección de sus trabajadores por causas profesionales, o asociarse para ello a una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (art. 70.1 LGSS). La integración en la Mutua se materializa a través del «convenio de asociación», que recoge los derechos y obligaciones de los asociados y de la Mutua y que, previsto inicialmente para un año, se prorroga anualmente salvo denuncia en contrario (art. 62 RD 1993/1995). Las Mutuas deben aceptar toda proposición de asociación que se les formule dentro de su ámbito (en los mismos términos y con igual alcance que las Entidades Gestoras), no pudiéndose resolver el convenio de asociación por falta de pago de las cuotas del empresario asociado (art. 70.2 LGSS). El sentido principal a que obedece la colaboración de las Mutuas en la cobertura de los riesgos profesionales consiste en repartir entre los asociados los costes de las prestaciones por accidentes de trabajo, los relativos a enfermedades profesionales (aunque en este caso, sólo por IT y períodos de observación) (STS 11-11-1991; STS 12-3-1994), la aportación económica a los servicios comunes de la Seguridad Social y los gastos de administración de la propia Mutua (art. 68.3 LGSS). En definitiva, la Mutua asume la gestión en su integridad, en colaboración con la Seguridad Social, de la incapacidad temporal por riesgos profesionales: partes de baja, de alta, subsidios económicos, aunque la empresa efectúe su pago por delegación de la Mutua, e incluso asistencia sanitaria y recuperación (art. 12 RD 1993/1995).

La STS 15-11-2005, reconoció la legitimación activa de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales para postular en el proceso de incapacidad temporal, la declaración de no concurrencia de requisitos exigidos por el art. 128 LGSS. Tiene un interés legítimo y actual en cuanto responsable de la cobertura de la contingencia reconocida, el proceso no tiene por objeto exclusivamente la determinación de la contingencia y no hay razón para limitar la legitimación activa de la Mutua, ésta puede postular que las lesiones se deben a enfermedad común y no accidente o enfermedad laboral o que ya no hay lesión.

En el aspecto concreto que estamos examinando, y en cuanto a la cobertura de la enfermedad común: “De acuerdo con la Disposición Adicional 11.^a de la LGSS, tras la modificación operada por el art. 35 Ley 42/1994, el empresario que formalice la protección de sus trabajadores respecto de las contingencias profesionales con una Mutua, «podrá, asimismo, optar porque la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de ese mismo personal se lleve a efecto por la misma Mutua, en los términos que reglamentariamente se establezcan» (DA 11.^a LGSS)”. El desarrollo reglamentario a que el precepto alude se ha llevado a cabo mediante la promulgación del RD 1993/1995, modificaciones posteriores por parte de los RD 250/1997 y 576/1997, modificado por Real Decreto 1622/2011, de 14 de nov., donde se regula el ejercicio y formalización de la opción (Arts. 69 y 70 RD 1993/1995), que, siendo libre por parte del empresario, debe aceptarse obligatoriamente por la Mutua, pudiendo plasmarse en el momento de formalizar el convenio de asociación, con igual periodicidad anual, renovable tácitamente. La renuncia del empresario a la cobertura de la IT por contingencias comunes (que ha de comunicarse con un mes de antelación al vencimiento del convenio de asociación) no afecta en absoluto a su relación jurídica de asociado, respecto de la protección de contingencias profesionales, pudiéndose volver a ejercitar la opción a partir del siguiente vencimiento del convenio de asociación (nuevamente, con un mes de antelación). La gestión por parte de las Mutuas -en esta opción de cobertura de riesgos comunes- consiste en la asunción del pago del subsidio por IT en caso de enfermedad común accidente no laboral -aunque la empresa efectúa igualmente el pago delegado-, el reconocimiento del derecho al subsidio -así como su denegación, suspensión, anulación o extinción-, además de la gestión administrativa y el control tanto de la prestación económica como de la situación de incapacidad temporal. En contraprestación, las Mutuas percibirán de la Tesorería General de la Seguridad Social la fracción de cuota que se determine sin que, a diferencia de la cobertura de riesgos profesionales, corresponda ninguna aportación económica para los servicios comunes de la Seguridad Social (art. 71 RD 1993/1995).

En el supuesto de que el empresario decida cambiar de mutua, la nueva entidad colaboradora es responsable del pago de los subsidios de IT generados durante la vigencia de un convenio de asociación precedente (STS de 2-10-2007). No obstante, en el caso de que la mutua asuma el pago directo de la prestación (por extinción del contrato de trabajo) y el empresario opte por asegurar la IT por contingencias comunes con el INSS, la mutua continúa siendo responsable del pago del subsidio (STS de 26-6-2007).

A modo de conclusión, a mi juicio, los sistemas de control y gestión en materia de incapacidad temporal han conllevado, como no podía ser de otra manera, mayores sistemas de revisión, que no necesariamente redundan en la mejora de la asistencia sanitaria que obviamente debe ser lo que prima desde el punto de vista de la acción

rehabilitadora y recuperadora. Extremo este que se ve incrementado cuando desde el plano de la labor inspectora se han aumentado los convenios de colaboración entre aquellos, las empresas y las mutuas, de manera que el trabajador se ve sometido a un triple control de revisión que no de recuperación y/o asistencia. Otro aspecto que conviene señalar va referido al quantum del contenido de la prestación que como hemos podido advertir a lo largo de estos pocos años ha sufrido multitud de recortes en cuanto al contenido de la prestación. Así por ej., hasta no hace mucho en los supuestos de cobro de nivel contributivo por desempleo, maternidad, etc., si como consecuencia de una baja por incapacidad temporal podía interrumpir aquel y percibir la baja por incapacidad temporal, hoy no es posible. Es más, si al finalizar la relación laboral un trabajador se encuentra en situación de I.T este tendrá derecho a aquella, sin embargo, y si en el caso, tuviese derecho al subsidio o a la prestación por desempleo, aquél se verá reducido en función al número de días que permaneció en situación de I.T, con lo cual y como vemos y advertimos la evolución de la I.T ha supuesto un recorte a título general respecto del trabajador y a favor tanto para el empresario como para la Seguridad Social.

