

EXPEDIENTES DE DISCIPLINA URBANÍSTICA POR OBRAS SIN LICENCIA EN SUELO DE ESPECIAL PROTECCIÓN ARQUEOLÓGICA

María Luisa BLANCO LARA
Secretaria del Ayuntamiento de Porcuna (Jaén)

Trabajo de evaluación presentado al Curso de Auditorías Urbanísticas. CEMCI Granada. Septiembre a octubre de 2015

PLANTEAMIENTO:

Por denuncia de la Asociación de Defensa Arqueológica “Amigos XXXX”, remitida por el la Consejería de Cultura, se presenta denuncia de movimientos de tierras en paraje ‘XXXXX’, parcela X, polígono X de este Municipio. (Doc. 1)

RESOLUCIÓN DEL CASO PLANTEADO:

Se comprueba la existencia de solicitud de licencia de obras promovida por el titular de los terrenos afectados, para obra menor de “Movimientos de tierra” en el paraje y parcela citados, de 30 de abril de 2013, la cual no se ha concedido al estar pendiente de subsanación la documentación aportada inicialmente que no concretaba su situación exacta, ni la actuación pretendida, por lo que se le había requerido Memoria descriptiva y gráfica que definiera las características generales del objeto de las obras.

A la vista de la denuncia remitida por Cultura y comprobada la inexistencia de licencia de obras, se ordena por el Sr. Alcalde, la medida cautelar de suspensión con arreglo al art. 181 de la L. 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía, y visita de inspección e informe del Aparejador Municipal, que elabora Acta de Inspección de cara al inicio, en su caso, de expedientes de restauración de la legalidad, y expediente sancionador. (Doc. 2) Paralelamente se solicitan instrucciones y directrices de actuación en el caso concreto al tratarse de suelo especialmente protegido por su potencial arqueológico, a la Delegación provincial autonómica de Cultura, por ser quien tiene las competencias en materia de patrimonio histórico y por aplicación de las vigentes NN.SS., que disponen la obligación de contar con informe preceptivo favorable de Cultura, para cualquier actuación en Suelo clasificado como No Urbanizable de Especial Protección por Yacimiento Arqueológico, considerado Bien de Interés Cultural en la Ley 7/2002 O.U.A. Especialmente se solicita asesoramiento técnico en orden a definir la forma correcta de ordenar la reposición de la realidad física alterada, dado que por la peculiaridad de la materia, un ayuntamiento de estas características no dispone de medios especializados a tal punto, y el particular o promotor podría dañar aún más el patrimonio arqueológico ya removido sin licencia, al intentar devolver las cosas al

estado en que se encontraban antes de la primera intervención.

Por otra parte, desde la Fiscalía Provincial se inicia diligencias de investigación en virtud de oficio remitido por la Delegación de Cultura por posible comisión de expolio arqueológico y se solicita de la Secretaría copia de las actuaciones realizadas y expedientes realizados por el Ayuntamiento en relación con estos hechos y en materia de disciplina urbanística y protección de la legalidad. Asimismo se recibe la visita de dos agentes de la Guardia Civil, Equipo de Investigación del SEPRONA, para revisar el expediente y realizar visita “in situ” a la zona afectada, lo que es inmediatamente atendido por el Ayuntamiento, disponiendo que fueran acompañados por el Guarda Rural que conocía su situación exacta.

Posteriormente, el interesado presenta, para la legalización de la actuación realizada, Informe suscrito por ingeniero técnico agrícola, justificando la actuación “realizada de manera progresiva en el tiempo, y no toda ella recientemente, cómo evidencian los cortes del terreno, colorido y flora existente, que ha consistido primordialmente en rellenos y poco profundos movimientos para corregir escorrentías, que son las que han dejado al descubierto dos muros mal colocados de piedras, que no han supuesto modificación de la tipografía ni alterado sus características”, a fin de que se proceda a la concesión de la licencia de obras y finalización de expediente de restauración de la legalidad.

Remitido dicho documento a la Comisión Provincial de Patrimonio de la Delegación de Cultura para su informe preceptivo y vinculante para la concesión de la licencia, así como solicitando asesoramiento específico, dada la materia y la valoración de la magnitud del impacto arqueológico producido, que hace de difícil o imposible la restauración de la realidad física alterada, para que se dicten instrucciones concretas de cómo ha de llevarse a cabo en su caso dicha restauración.

La Delegación de Cultura en Resolución de 27.10. tras exhaustivo informe, concluye que las obras han afectado a un recinto fortificado de época tardo- romana y reutilización en época medieval, con presencia de fragmentos de cerámicas vidriadas, groseras, pintadas y decoradas con verde manganeso, y que el impacto es de tal magnitud, que es imposible restaurar la realidad física alterada, que ante la evidencia de que las obras están finalizadas no cabe autorizarlas ni no procede legalizar la actuación mediante el otorgamiento de licencia, porque son ilegalizables, y que para no producir más daños en las estructuras de piedra afectadas, ni permitir que continuara el expolio de piezas o restos cerámicos, y dado que el asunto se encuentra bajo investigación judicial, para no modificar el estado de los vestigios arqueológicos, se debería cubrir con zahorra o arena lo más similar a la de la zona pero previamente limpiada o despojada de piedras o maderas y restos de gran tamaño, bajo las directrices y supervisión del personal técnico que desplazara para ello la propia Delegación de Cultura.

El Ayuntamiento en virtud de tal Resolución de la Delegación de Cultura,

1º) Respecto al expediente sancionador iniciado, lo deja en suspenso, conforme a lo dispuesto en el artículo 195.4º de la Ley 7/2002 LOUA y art. 65.5º del Decreto 60/2010 Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, al haberse iniciado diligencia penales y hasta tanto se resuelva el procedimiento judicial.

2º) Respecto al expediente de restauración del orden jurídico alterado, resuelve mediante Resolución de Alcaldía dicho procedimiento, ordenando el cubrimiento con zahorra o arena de la zona intervenida, tal y como señala la resolución de la Delegación de Cultura y bajo la dirección y supervisión de sus técnicos.

ÍNDICE:

1. Documento 1: Denuncia de expolio arqueológico y solicitud de información de la Consejería de Cultura.
2. Documento 2: Acta de inspección. Informe del Aparejador Municipal.
3. Documento 3: Primer informe Cultura.
4. Documento 4: Resolución de Alcaldía basada en Informe Jurídico con propuesta de Resolución de inicio de expediente de legalización.
5. Documento 5: Resolución basada en Informe jurídico de Inicio de expediente sancionador.
6. Documento 6: Solicitud Fiscalía.
7. Documento 7: Escrito dirigido a la Fiscalía Provincial, dejando en suspenso el procedimiento sancionador, hasta el pronunciamiento de la autoridad judicial.
8. Documento 8: Resolución expediente de restauración legalidad.

Documento 1.

DENUNCIA DE EXPOLIO ARQUEOLÓGICO Y SOLICITUD DE INFORMACIÓN DE LA CONSEJERÍA DE CULTURA.

Con fecha 18/06/2013 se ha recibido denuncia de la Asociación de Defensa Arqueológica “XXXXX”, sobre expolio arqueológico en el paraje Cerro XXXXX, localizado en terrenos de su término municipal, concretamente en la parcela X del polígono X de la Población de Villanueva XXXXX.

En las secuencia de imágenes recibidas se aprecia la destrucción del sitio arqueológico, que hasta la denuncia del expolio podía describirse como una fortificación romana situada en un cerro, donde se conservaba un recinto cuadrángular de 11 por 14 metros aproximadamente, formado por grandes sillares de piedra bien trabajada, de un metro de altura. Rodeando este recinto, se observan líneas de murallas. Se citaba como un recinto fortificado del Alto Imperio con perduraciones tardo-romanas y reutilización en época medieval, sobre un sustrato de materiales de la Edad del Cobre.

Necesitamos que desde ese Ayuntamiento se den las oportunas órdenes para paralizar los trabajos de desmonte y cualquier otro movimiento de tierras que se estén produciendo en el lugar. Asimismo necesitamos conocer si la obra estaba sometida al trámite de licencia municipal de obras, si en así en que fase de ejecución se encuentran y con que clase de autorización cuentan.

Firmado: El Jefe de Servicio de Bienes Culturales.

Documento 2.

ACTA DE INSPECCIÓN Nº 1-2.013 TIPO DE ACTA URBANISTICA

En Villanueva XXXX, a las 10,00 horas del día 27 de Julio de 2.013, constituido/s el/los actuario/s que suscriben para documentar los resultados de la actuación inspectora en relación con obras de movimiento de tierras realizadas en suelo No Urbanizable de Especial Protección Arqueológica según Normas Subsidiarias de Planeamiento vigentes, se hacen constar, de conformidad con lo establecido en el artículo 180 LOUA 7/2002, de 17 de diciembre, los siguientes hechos:

1. DATOS IDENTIFICATIVOS DE LOS ACTUARIOS, COMPARECIENTES, PRESUNTOS RESPONSABLES Y DEL INMUEBLE INSPECCIONADO.

1.1. Datos identificativos de los actuarios:

D. XXXXX, Arquitecto Técnico Municipal.

D. YYYYYY, Encargado General de Obras Municipal.

D. ZZZZZ, Guarda Rural.

1.2. Datos identificativos de los comparecientes: No se encontraban presentes en el momento de la inspección por parte del promotor de la obra.

1.3. Datos de identificación:

Propietario: HHHHH, con N.I.F. nº 00.0000.000-T, y domicilio en calle de la Oca nº 3 de Villanueva XXXXX.

Promotor: El Mismo.

Constructor: El Mismo.

1.4. Datos identificativos del inmueble inspeccionado:

Referencia catastral: 130X8A03X001X400X20HY

Finca registral:

Clasificación del suelo: SUELO NO URBANIZABLE.

Calificación urbanística: ESPECIAL PROTECCION ARQUEOLÓGICA.

Valoración inmueble:

Carece de licencia urbanística

2. DATOS DE LA INSPECCIÓN

2.1. Los hechos inspeccionados son los siguientes:

Personado en la finca de referencia se ha comprobado: Que se ha producido el relleno de zanjas producidas por arrastre de pluviales con material del que este técnico desconoce su procedencia, y no posee datos ni conocimientos técnicos precisos para determinar su afección al Patrimonio Arqueológico. Se observan, en otra parte movimientos de tierra en forma de aterrazamientos con medios mecánicos dado el pronunciado desnivel existente, con el fin de realizar nueva plantación de olivos o permitir el acceso de maquinaria agrícola a distintos niveles de la plantación. No obstante, se evidencia que dichas actuaciones se han realizado de forma progresiva en el tiempo, ya que en distintos sitios se observan cortes del terreno de épocas recientes y otras realizadas en tiempos anteriores, sin poder determinar su antigüedad, si bien, según se deduce de lo observado, la actuación se encuentra terminada.

Se adjunta reportaje fotográfico y ficha catastral de la finca.

Por lo expuesto, se le advierte al interesado que se aprecian indicios de la comisión de una posible infracción urbanística, tipificada en el artículo 181 de la LOUA 7/2002, de 17 de diciembre, por lo que cabe proponer las siguientes medidas:

Instar la suspensión de la ejecución de obras no amparadas por licencia.

Instar procedimiento sancionador.

Instar la restauración de la legalidad territorial o urbanística.

Al tratarse de una actuación que afecta a Patrimonio Arqueológico, para lo cual este Técnico carece de formación técnica precisa, se comunica a la Alcaldía que solicite a la Delegación de Cultura Informe de Técnico en materia en Patrimonio Arqueológico que valore la magnitud de la actuación llevada a cabo en la finca descrita y su afección concreta al Yacimiento Arqueológico, así como las actuaciones posteriores para llevar a cabo la restauración, en su caso, de la realidad física alterada, ya que se desconoce la situación previa del Yacimiento y la importancia y antigüedad de las estructuras de piedra afectadas.

En testimonio de lo actuado, se levanta la presente Acta por triplicado.

La firma de la presente Acta no implica aceptación de su contenido ni de la responsabilidad en que pueda haber incurrido la persona presuntamente infractora, excepto cuando así lo hubiere reconocido expresamente en la misma.

Fdo. El Técnico Municipal

Documento 3.

PRIMER INFORME DE CULTURA.

Antecedentes.

Se recibe oficio del Ayuntamiento de Villanueva XXXXX en el que comunica la solicitud de licencia presentada por D. HHHHH, en la parcela X del polígono X del término municipal de Villanueva XXXXX, adjuntando documentación para su informe.

Se traslada al Ayuntamiento oficio de la Delegación de Educación, Cultura y Deporte, indicando que se tiene conocimiento de la comisión de un expolio en paraje Cerro XXXXX, solicitando que se paralicen los movimientos de tierra, y solicitando cualquier autorización con que contase.

Se recibe informe técnico del Ayuntamiento sobre expolio en Cerro XXXXX, concluyendo que “en la actualidad no consta se estén realizando trabajos de desmonte o cualquier otro movimiento de tierras.

Informe:

Se informa la documentación en cumplimiento del art. 33.3 de la Ley 14/2007 del Patrimonio Histórico de Andalucía que especifica que “será necesario obtener autorización de la Consejería competente en materia de patrimonio histórico, con carácter previo a las restantes licencias o autorizaciones que fueran pertinentes, para realizar cualquier cambio o modificación que los particulares u otras Administraciones Públicas deseen llevar a cabo en inmuebles objeto de inscripción como Bien de Interés Cultural o su entorno”.

La obra está realizada aunque se ha acumulado piedra junto a las barranqueras para taparlas si se vuelven a abrir. Estos acopios se ha dicho no parecen provenir de la cantera abierta en la propia parcela.

Propuesta:

Ante la evidencia de que las obras están finalizadas no cabe autorizarla. En el caso de que las obras sean compatibles con los planeamientos, el Ayuntamiento puede optar por la legalización. En este caso el promotor debería presentar un documento donde, junto con la justificación del cumplimiento de las distintas normativas de aplicación, describa las obras realizadas, con la extensión y profundidad de las barranqueras cubiertas y la procedencia de los materiales aportados.

Fdo. El Jefe de Servicio de Bienes Culturales.

Documento 4.

RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA BASADA EN INFORME JURÍDICO CON PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DE INICIO DE EXPEDIENTE DE LEGALIZACIÓN.

Hechos

Primero. Con fecha 30 de abril de 2013, por D. HHHHH, NIF 00.000.000-T, se solicitó en el Registro de Entrada de este Ayuntamiento (nº 2625) licencia de obra consistente en “Movimientos de tierra”, en el paraje XXXXX, polígono X, parcela X. Consta Informe del Arquitecto Técnico Municipal de fecha 9 de mayo de 2013, nº expte 108/13, sobre requerimiento de documentación gráfica para completar la solicitud de licencia urbanística. Mediante escrito de D. HHHHH, presentado con fecha 17 de mayo de 2013, con número 2981, en el Registro General de Entrada de este Ayuntamiento se completó el expediente con la documentación gráfica solicitada. En Informe del Arquitecto Técnico Municipal de fecha 6 de junio de 2013, expte. nº 108/13, se manifiesta que existe afección a Yacimiento Arqueológico y, conforme a las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Villanueva XXXXX, con carácter previo a su resolución debe emitirse Informe de viabilidad por parte de la Comisión Provincial de Patrimonio Histórico de la Delegación Territorial de Educación Cultura y Deporte. Mediante oficio del Ayuntamiento de Villanueva XXXXX de fecha 7 de junio de 2013, (Nº Registro de Salida 1396) se remitió a la Comisión Provincial de Patrimonio Histórico, el expediente, solicitando informe, por existir afección a Yacimiento Arqueológico. La petición de este Informe fue reiterado con fecha 29 de mayo de 2014. Este Informe ha sido remitido al Ayuntamiento con fecha 11 de julio de 2014 por la Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte.

Segundo. Mediante providencia de Alcaldía de fecha 16 de julio de 2014, se ordenó la emisión de informe técnico y jurídico al respecto. En este sentido, el técnico municipal suscribe el Acta de Inspección Nº 1-2014, de 17 de julio de 2014, en el que describe las actuaciones realizadas y las medidas a adoptar y la Secretaría suscribe informe jurídico de fecha 25 de julio de 2014.

Tercero. Girada visita de inspección por el técnico municipal realizada con fecha 17 de julio de 2014, según Acta de Inspección Nº 1-2014, se comprueba que en el inmueble referido, se ha llevado a cabo el relleno de zanjas producidas por arrastre de pluviales, sin que el Sr. Arquitecto Técnico Municipal tenga datos ni conocimientos para determinar el origen del material con el que se ha rellenado la zanja, estando la obra terminada, careciendo de la correspondiente licencia urbanística. En el acta mencionada se hace constar que se trata de obras para las cuales el planeamiento no es contrario, por lo que se deberá instar la ejecución de las obras ejecutadas y se proponen las siguientes medidas: instar la no ejecución de cualquier otro tipo de obras en la finca; instar procedimiento sancionador; e instar la legalización conforme al artículo 182.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, de la forma señalada en el Informe de fecha 7 de julio de 2014, emitido por la Ponencia

Técnica de Patrimonio Histórico, recibido en este Ayuntamiento desde la Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte con fecha 11 de julio de 2014 (Nº R.E. 2155), “el promotor debería presentar un documento donde, junto con la justificación del cumplimiento de las distintas normativas de aplicación, describa las obras realizadas, con al menos la extensión y profundidad de las barranqueras cubiertas y la procedencia de los materiales aportados”.

Fundamentos de derecho

Primero. Las obras ejecutadas y el uso de índole urbanística están sujetos a la obtención de previa licencia municipal con arreglo a lo dispuesto en el artículo 169 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, en concordancia con el artículo 8.d) del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, que aprueba el reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía.

Segundo. En las obras participa como propietario y promotor: D. HHHHH, NIF 00.000.000-T.

Tercero. Según se desprende de los archivos obrantes en este Ayuntamiento, las referidas obras se han ejecutado sin licencia urbanística. Consta la solicitud de la misma Con fecha 30 de abril de 2013, pero no la concesión de licencia.

Cuarto. De la visita de comprobación y del análisis de las obras en confrontación con la normativa y planeamiento urbanístico aplicables, se desprende que dichas obras resultan compatibles con la ordenación urbanística.

Quinto. Los actos realizados, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción, pueden ser calificados como presunta infracción urbanística. No obstante, y en cumplimiento de la exigencia del carácter independiente del procedimiento sancionador respecto del procedimiento de restablecimiento del orden jurídico perturbado, prevista en el artículo 186.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, el ejercicio de la potestad sancionadora se sustanciará en procedimiento separado, sin perjuicio de su coordinación con el restablecimiento del orden jurídico perturbado.

Sexto. De conformidad con lo anterior, corresponde a esta Administración adoptar las siguientes medidas de disciplina urbanística, previstas con carácter genérico e interrelacionado en el artículo 192 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía y preceptos concordantes:

1ª Incoar procedimiento de protección de legalidad urbanística, de conformidad con lo siguiente: incoación de procedimiento para la legalización de las obras (artículos 182.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, y artículo 49 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, que aprueba el reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía), al tratarse de obras y usos compatibles con la ordenación urbanística vigente.

2ª Las medidas pertinentes para el resarcimiento de los daños y la indemnización de los perjuicios a cargo de quienes sean declarados responsables.

Séptimo. Considerando que los actos se encuentran terminados, no procede adoptar la medida cautelar de suspensión prevista en el artículo 181 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, y artículo 42 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo.

Octavo. El restablecimiento del orden jurídico perturbado por un acto o un uso objeto de la suspensión, o que no estando ya en curso de ejecución se haya terminado sin la aprobación o licencia urbanística preceptivas o, en su caso, orden de ejecución, o contraviniendo las condiciones de las mismas, tendrá lugar mediante la legalización del correspondiente acto o uso o, en su caso, la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, dependiendo, respectivamente, de que las obras fueran compatibles o no con la ordenación vigente, según lo previsto en el artículo 182 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (en la redacción dada por el artículo 28 de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo).

De esta manera, procederá adoptar la medida de legalización de las obras, a tenor del artículo 183.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, al tratarse de obra compatible con la ordenación urbanística según se ha expuesto.

En el ejercicio de las competencias y potestades establecidas por el artículo 192 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía y la atribución conferida al titular de la Alcaldía, de conformidad con el artículo 21.1.s) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, vengo en **resolver:**

Primero. Iniciar procedimiento de legalización de las obras de movimiento de tierras consistentes en relleno de zanjas, producidas por arrastre de pluviales, en suelo no urbanizable, de especial protección por yacimiento arqueológico, careciendo de licencia urbanística, en XXXXX, parcela X, polígono X, y siendo promotor D. HHHHH, al resultar compatibles con la ordenación urbanística vigente. Para la legalización se concede al interesado **el plazo de dos meses** y se llevará a cabo de la forma señalada en el Informe de fecha 7 de julio de 2014, emitido por la Ponencia Técnica de Patrimonio Histórico, recibido en este Ayuntamiento desde la Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte con fecha 11 de julio de 2014 (Nº R.E. 2155), **“el promotor debe presentar un documento donde, junto con la justificación del cumplimiento de las distintas normativas de aplicación, describa las obras realizadas, con al menos la extensión y profundidad de las barranqueras cubiertas y la procedencia de los materiales aportados”**.

Segundo. Poner de manifiesto el expediente a los interesados por un plazo de diez días, por lo que de conformidad con el trámite de audiencia previsto con carácter general en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, podrán

presentar cuantas alegaciones y documentos consideren pertinentes en defensa de sus derechos.

Tercero. Los actos realizados, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción, pueden ser calificados como presunta infracción urbanística, si bien y en cumplimiento de la exigencia del carácter independiente del procedimiento sancionador respecto del procedimiento de restablecimiento del orden jurídico perturbado, prevista en el artículo 186.2 de la Ley 7/2002, de 127 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, el ejercicio de la potestad sancionadora se sustanciará en procedimiento separado, sin perjuicio de su coordinación con el restablecimiento del orden jurídico perturbado.

Cuarto. Ordenar la no ejecución de cualquier otro tipo de obras en la finca.

Quinto. Comuníquese el presente acto a los servicios de inspección urbanística municipal y a la Policía Local, con la indicación de que practicada la notificación, podrá procederse al precintado de las obras, instalaciones o usos que se vengam desarrollando.

Fdo. El Alcalde.

Documento 5.

RESOLUCIÓN BASADA EN INFORME JURÍDICO DE INICIO DE EXPEDIENTE SANCIONADOR

Resolución de Alcaldía:

Resultando que en visita de inspección realizada con fecha 17 de julio de 2014, por el técnico municipal, se comprueba que en el paraje XXXXX, parcela X, polígono X, con referencia catastral 130X8A03X001X400X20HY, se ejecutaron obras consistentes en relleno de zanjas con materiales de desconocida procedencia, promovidos por D. HHHHH NIF 00.000.000-T, en suelo clasificado como no urbanizable, calificado como entorno de especial protección por yacimiento arqueológico.

Considerando que estos hechos, que han dado lugar al inicio de procedimiento de reposición de la realidad física alterada en virtud de Resolución de esta Alcaldía de fecha 25 de julio de 2014, pueden constituir una infracción urbanística grave consistente en ejecución de obras sin el otorgamiento de la correspondiente licencia urbanística, acto con incidencia en entorno de yacimiento arqueológico (artículo 207.3a) de la LOUA 7/2002, de 17 de diciembre), y teniendo en cuenta asimismo que se ha emitido Acta de Inspección N° 1-2014, de 30 de septiembre de 2014, del Arquitecto Técnico Municipal e Informe de la Secretaría de fecha 10 de octubre de 2014, y de acuerdo con las atribuciones que me confiere la legislación vigente **RESUELVO:**

Primero. Iniciar la tramitación del correspondiente expediente sancionador, de conformidad con lo establecido en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

Segundo. Nombrar Instructor del procedimiento a D. KKKKK, Inspector de Obras de este Ayuntamiento, y Secretario del mismo al Secretario General de la Corporación D. TTTTT, a los que es de aplicación el régimen de abstención y recusación previsto en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Tercero. Disponer la suspensión del procedimiento, poniendo de conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos, que motivan el inicio del procedimiento sancionador, dado que este Ayuntamiento tiene conocimiento mediante escrito recibido en este Ayuntamiento con fecha 9 de mayo de 2014 (N° R.E. 0000), de la Fiscalía Provincial de la existencia de Diligencias de Investigación 00/00, por lo que pueden existir indicios de ilícito penal, con traslado del acta de inspección urbanística y Anexo de la misma y hasta el pronunciamiento de la autoridad judicial, todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 195.4° de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de

Andalucía, y artículo 65.5º del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, que aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía.

Cuarto. Dar traslado de la presente Resolución a los interesados en el procedimiento, así como al Instructor y a la Secretaria del procedimiento sancionador.

Fdo. El Alcalde.



Documento 6.

SOLICITUD FISCALÍA.

En virtud de lo acordado en las Diligencias de Investigación reseñadas, incoadas por esta Fiscalía en virtud de oficio remitido por la Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía al que se adjunta documental y mediante el que se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal la comisión de un expolio arqueológico detectado el 18 de junio de 2013 en el Cerro XXXXX, término Municipal de Villanueva XXXXX y respecto del cual se ha realizado visita en fecha 7 de marzo de 2014 e informe por D. RRRRR en el que se hace constar que se ha llevado a cabo un destierro con medios mecánicos de varios aterrazamientos en la cúspide del cerro con la finalidad de ganar terreno para el cultivo del olivar, habiendo afectado a una superficie de varios miles de metros cuadrados en tres niveles, habiendo provocado la destrucción de varias líneas de muralla y restos constructivos, dirijo a Vd. el presente a fin de que en relación a los destierros con medios mecánicos que han tenido lugar en el Cerro XXXXX estando situado en terreno calificado por las NN.SS. como Suelo No Urbanizable de Especial Protección por Yacimiento Arqueológico, se remita por el Sr. Secretario copia debidamente cotejada de los expedientes incoados por el Ayuntamiento de Villanueva XXXXX en el ejercicio de sus competencias en materia de disciplina urbanística en relación con los hechos anteriormente descrito y resoluciones recaídas en los expedientes incoados; expediente de protección de la legalidad urbanística, expediente sancionador y expediente de restablecimiento del orden jurídico perturbado y de reposición de la legalidad física alterada.

Firmado: El Fiscal

Documento 7.

ESCRITO DIRIGIDO A LA FISCALÍA PROVINCIAL, DEJANDO EN SUSPENSO EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR, HASTA EL PRONUNCIAMIENTO DE LA AUTORIDAD JUDICIAL.

En relación a las Diligencias de Investigación 44/14 de la Fiscalía Provincial de Jaén, relativa al expediente incoado por el Ayuntamiento de Villanueva XXXXX sobre las actuaciones en Cerro XXXXX de éste término municipal, se envía la siguiente documentación:

-Certificado de la Resolución de Alcaldía, por las que se inicia procedimiento sancionador por la realización de obras sin licencia urbanística, en parcela X, del polígono X de Villanueva XXXXX. El mencionado procedimiento sancionador **queda en suspenso**, poniendo los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, dado que este Ayuntamiento tiene conocimiento mediante escrito recibido en este Ayuntamiento con fecha 9 de mayo de 2014 (Nº R.E. 1331), de la Fiscalía Provincial de la existencia de Diligencias de Investigación 44/14, por lo que pueden existir indicios de ilícito penal, hasta el pronunciamiento de la autoridad judicial, todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 195.4º de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, y artículo 65.5º del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, que aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía.

-Copia del acta de inspección y Anexo de la misma emitida por el Sr. Aparejador municipal.

-Se informa que este Ayuntamiento inició expediente de restauración de la legalidad urbanística mediante Resolución de Alcaldía, el cual está en tramitación y en espera de recibir asesoramiento específico en materia arqueológica sobre la forma correcta de proceder a la restauración de la legalidad, por parte de la Delegación Provincial de Cultura de la Junta de Andalucía.

Fdo. El Alcalde.

Documento 8.

RESOLUCIÓN EXPEDIENTE DE RESTAURACIÓN LEGALIDAD.

Hechos

Primero. Con fecha 30 de abril de 2013, por D. HHHHH, NIF 00.000.000-T, se solicitó en el Registro de Entrada de este Ayuntamiento (nº 2625) licencia de obra consistente en “Movimientos de tierra”, en el paraje Cerro XXXXX, polígono X, parcela X. Consta Informe del Arquitecto Técnico Municipal de fecha 9 de mayo de 2013, nº expte 108/13, sobre requerimiento de documentación gráfica para completar la solicitud de licencia urbanística. Mediante escrito de D. HHHHH, presentado con fecha 17 de mayo de 2013, con número 2981, en el Registro General de Entrada de este Ayuntamiento se completó el expediente con la documentación gráfica solicitada. En Informe del Arquitecto Técnico Municipal de fecha 6 de junio de 2013, expte. nº 108/13, se manifiesta que existe afección a Yacimiento Arqueológico y, conforme a las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Villanueva XXXXX, con carácter previo a su resolución debe emitirse Informe de viabilidad por parte de la Comisión Provincial de Patrimonio Histórico de la Delegación Territorial de Educación Cultura y Deporte. Mediante oficio del Ayuntamiento de Villanueva XXXXX de fecha 7 de junio de 2013, (Nº Registro de Salida 1396) se remitió a la Comisión Provincial de Patrimonio Histórico, el expediente, solicitando informe, por existir afección a Yacimiento Arqueológico. La petición de este Informe fue reiterado con fecha 29 de mayo de 2014. Este Informe ha sido remitido al Ayuntamiento de Villanueva XXXXX con fecha 11 de julio de 2014 por la Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte.

Segundo. Mediante providencia de Alcaldía de fecha 16 de julio de 2014, se ordenó la emisión de informe técnico y jurídico al respecto. En este sentido, el técnico municipal suscribe el Acta de Inspección Nº 1-2014, de 17 de julio de 2014, en el que describe las actuaciones realizadas y las medidas a adoptar y la Secretaría suscribe informe jurídico de fecha 25 de julio de 2014.

Tercero. Girada visita de inspección por el técnico municipal realizada con fecha 17 de julio de 2014, según Acta de Inspección Nº 1-2014, se comprueba que en el inmueble referido (parcela con referencia catastral 130X8A03X001X400X20HY), finca registral se desconoce, se ha llevado a cabo el relleno de zanjas producidas por arrastre de pluviales, sin que el Sr. Arquitecto Técnico Municipal tenga datos ni conocimientos para determinar el origen del material con el que se ha rellenado la zanja, estando la obra terminada, careciendo de la correspondiente licencia urbanística. En el acta mencionada se hace constar que se trata de obras para las cuales el planeamiento no es contrario, por lo que se deberá instar la ejecución de las obras ejecutadas y se proponen las siguientes medidas: instar la no ejecución de cualquier otro tipo de obras en la finca; instar procedimiento sancionador; e instar la legalización conforme al artículo 182.2 de

la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, de la forma señalada en el Informe de fecha 7 de julio de 2014, emitido por la Ponencia Técnica de Patrimonio Histórico, recibido en este Ayuntamiento desde la Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte con fecha 11 de julio de 2014 (Nº R.E. 2155), “el promotor debería presentar un documento donde, junto con la justificación del cumplimiento de las distintas normativas de aplicación, describa las obras realizadas, con al menos la extensión y profundidad de las barranqueras cubiertas y la procedencia de los materiales aportados”.

Fundamentos de derecho

Primero. Las obras ejecutadas y el uso de índole urbanística están sujetos a la obtención de previa licencia municipal con arreglo a lo dispuesto en el artículo 169 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, en concordancia con el artículo 8.d) del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, que aprueba el reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía.

Segundo. En las obras participa como propietario y promotor: D. HHHHH, NIF 00.000.000-T.

Tercero. Según se desprende de los archivos obrantes en este Ayuntamiento, las referidas obras se han ejecutado sin licencia urbanística. Consta la solicitud de la misma Con fecha 30 de abril de 2013, pero no la concesión de licencia.

Cuarto. De la visita de comprobación y del análisis de las obras en confrontación con la normativa y planeamiento urbanístico aplicables, se desprende que dichas obras resultan compatibles con la ordenación urbanística.

Quinto. Los actos realizados, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción, pueden ser calificados como presunta infracción urbanística. No obstante, y en cumplimiento de la exigencia del carácter independiente del procedimiento sancionador respecto del procedimiento de restablecimiento del orden jurídico perturbado, prevista en el artículo 186.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, el ejercicio de la potestad sancionadora se sustanciará en procedimiento separado, sin perjuicio de su coordinación con el restablecimiento del orden jurídico perturbado.

Sexto. De conformidad con lo anterior, corresponde a esta Administración adoptar las siguientes medidas de disciplina urbanística, previstas con carácter genérico e interrelacionado en el artículo 192 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía y preceptos concordantes:

1ª Incoar procedimiento de protección de legalidad urbanística, de conformidad con lo siguiente: incoación de procedimiento para la legalización de las obras (artículos 182.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, y artículo 49 del Decreto 60/2010, de 16

de marzo, que aprueba el reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía), al tratarse de obras y usos compatibles con la ordenación urbanística vigente.

2ª Las medidas pertinentes para el resarcimiento de los daños y la indemnización de los perjuicios a cargo de quienes sean declarados responsables.

Séptimo. Considerando que los actos se encuentran terminados, no procede adoptar la medida cautelar de suspensión prevista en el artículo 181 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, y artículo 42 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo.

Octavo. El restablecimiento del orden jurídico perturbado por un acto o un uso objeto de la suspensión, o que no estando ya en curso de ejecución se haya terminado sin la aprobación o licencia urbanística preceptivas o, en su caso, orden de ejecución, o contraviniendo las condiciones de las mismas, tendrá lugar mediante la legalización del correspondiente acto o uso o, en su caso, la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, dependiendo, respectivamente, de que las obras fueran compatibles o no con la ordenación vigente, según lo previsto en el artículo 182 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (en la redacción dada por el artículo 28 de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo).

De esta manera, procederá adoptar la medida de legalización de las obras, a tenor del artículo 183.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, al tratarse de obra compatible con la ordenación urbanística según se ha expuesto.

En el ejercicio de las competencias y potestades establecidas por el artículo 192 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía y la atribución conferida al titular de la Alcaldía, de conformidad con el artículo 21.1.s) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, vengo en **resolver:**

Primero. Iniciar procedimiento de legalización de las obras de movimiento de tierras consistentes en relleno de zanjas, producidas por arrastre de pluviales, en suelo no urbanizable, de especial protección por yacimiento arqueológico, careciendo de licencia urbanística, en Cerro XXXXX, parcela X, polígono X, con referencia catastral 130X8A03X001X400X20HY, finca registral no consta, de la propiedad y siendo promotor D. HHHHH, 00.000.000-T, al resultar compatibles con la ordenación urbanística vigente. Para la legalización se concede al interesado **el plazo de dos meses** y se llevará a cabo de la forma señalada en el Informe de fecha 7 de julio de 2014, emitido por la Ponencia Técnica de Patrimonio Histórico, recibido en este Ayuntamiento desde la Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte con fecha 11 de julio de 2014 (Nº R.E. 2155), **“el promotor debe presentar un documento donde, junto con la justificación del cumplimiento de las distintas normativas de**

aplicación, describa las obras realizadas, con al menos la extensión y profundidad de las barranqueras cubiertas y la procedencia de los materiales aportados”.

Segundo. Poner de manifiesto el expediente a los interesados por un plazo de diez días, por lo que de conformidad con el trámite de audiencia previsto con carácter general en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, podrán presentar cuantas alegaciones y documentos consideren pertinentes en defensa de sus derechos.

Tercero. Los actos realizados, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción, pueden ser calificados como presunta infracción urbanística, si bien y en cumplimiento de la exigencia del carácter independiente del procedimiento sancionador respecto del procedimiento de restablecimiento del orden jurídico perturbado, prevista en el artículo 186.2 de la Ley 7/2002, de 127 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, el ejercicio de la potestad sancionadora se sustanciará en procedimiento separado, sin perjuicio de su coordinación con el restablecimiento del orden jurídico perturbado.

Cuarto. Ordenar la no ejecución de cualquier otro tipo de obras en la finca.

Quinto. Comuníquese el presente acto a los servicios de inspección urbanística municipal y a la Policía Local, con la indicación de que practicada la notificación, podrá procederse al precintado de las obras, instalaciones o usos que se vengán desarrollando».

Contra la presente Resolución podrá Vd. interponer potestativamente en el plazo de un mes, Recurso de Reposición en este Ayuntamiento o directamente Recurso Contencioso-Administrativo en el plazo de dos meses ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, o cualquiera otro que estime más adecuado a la defensa de sus derechos.-

En Villanueva XXXXX a 25 de julio de 2.014.

Fdo. El Secretario,

LAS RETRIBUCIONES DEL PERSONAL EVENTUAL, PERSONAL DIRECTIVO Y CARGOS ELECTOS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.

María Teresa FERNÁNDEZ-MOTA MARTOS

Jefa del Departamento de RR.HH. del Instituto de Empleo y Desarrollo Socioeconómico y Tecnológico. Diputación Provincial De Cádiz

Trabajo de evaluación presentado para la obtención del título de Experto en Recursos Humanos del CEMCI 2014-2015

ÍNDICE

1. Introducción
2. Origen y evolución.
 - 2.1. El personal eventual
 - 2.2. Los cargos electos
 - 2.3. El personal directivo
3. Regulación Actual. La Diversidad De Regímenes Jurídicos Y El Concepto De Empleado Público
 - 3.1. El personal eventual
 - 3.2. Los cargos electos
 - 3.3. El personal directivo
4. Problemática Que Se Suscita En La Situación Actual
5. Bibliografía

1.- INTRODUCCIÓN

La Administración Pública, como toda organización, requiere para el cumplimiento de sus fines, el empleo de unos medios materiales, unos recursos financieros y unos medios o recursos humanos.

Estos medios personales están constituidos por el conjunto de personas que prestan sus servicios en las distintas Administraciones Públicas, conjunto que, evidentemente, no es homogéneo sino todo lo contrario, por cuanto dentro de él podemos encuadrar tanto al personal político como a los trabajadores o empleados públicos, y dentro de éstos últimos a todas aquellas personas que prestan sus servicios profesionales de una forma u otra en la propia Administración, bajo una relación

estatutaria o laboral, con una vinculación a la Administración de carácter temporal o permanente, con unas funciones técnicas, burocráticas, de asesoramiento... etc.

Vemos por tanto que no hay una uniformidad de los trabajadores públicos como tampoco la hay en los trabajos públicos.

Tradicionalmente (la regulación actual será objeto de estudio en el siguiente epígrafe), el personal al servicio de la Administración Pública estaba integrado por tres grandes grupos: Políticos, funcionarios y personal laboral:

- **Políticos** - Son aquellas personas que interviene temporalmente en la Administración Pública, ya sea por elección o por nombramiento, desempeñando cargos o puestos de dirección y de responsabilidad política.
- **Funcionarios** - De conformidad con el artículo 1 de la LFCE (derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 7/2002, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público-en adelante el EBEP) son aquellas personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios, profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo.

A su vez, los funcionarios podían clasificarse, según el Art. 3 de la LFCE (derogado por el EBEP), en:

- **Funcionarios de carrera** - Que son aquellos que en virtud de nombramiento legal desempeñan servicios de carácter permanente, figuran en las correspondientes plantillas y perciben sueldos o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones de personal de los Presupuestos Generales del Estado (de las Comunidades Autónomas o de la Administración Local) (Art. 4 LFCE-derogado por el EBEP)

- **Funcionarios de empleo**, y estos a su vez pueden ser: (Art. 3.3 LFCE-derogado por el EBEP)

- *Funcionarios interinos* - Que son los que, por razones justificadas de necesidad y urgencia, en virtud de nombramiento legal y siempre que existan puestos dotados presupuestariamente, desarrollan funciones retribuidas por las Administraciones Públicas en tanto no sea posible su desempeño por funcionarios de carrera y permanezcan las razones de necesidad o urgencia (Art. 5.2 LFCE- derogado por el EBEP).
- *Funcionarios eventuales*. - Es precisamente este tipo de empleados de la Administración Pública el objeto de nuestro estudio, y que definiremos a continuación. Estos a su vez pueden ser:

- *De confianza o asesoramiento especial.*
- *De carácter directivo.*

El EBEP sin embargo, utiliza un subtítulo diferente para la regulación del personal directivo, de modo que aparentemente no lo incluye en la clasificación de los empleados públicos.

- **Personal laboral** – Está constituido por aquellas personas que se incorporan a la Administración Pública en una relación de carácter laboral, y cuya actividad, funciones y regulación está sometida al Estatuto de los Trabajadores y al resto de disposiciones de carácter laboral que les sea de aplicación, pudiendo a su vez subdividirse en dos grandes grupos:

- *Personal laboral fijo y*
- *Personal laboral de duración determinada.*

Actualmente, el artículo 8.2. c) del EBEP clasifica al personal laboral en fijo, por tiempo indefinido o temporal.

2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN

2.1. El Personal Eventual

Ciertamente es escasa la regulación de la figura del personal eventual en el ámbito de la Administración Pública, tanto en la Administración General del Estado como en la autonómica o local, y sin embargo es precisamente en ésta última donde esta figura ha encontrado más fácil acomodo y por tanto mayor implantación, debido por una parte, a una mayor concreción en la normativa de régimen local que desarrolla la figura del personal eventual y a la posibilidad de que puedan desempeñar determinados cargos de carácter directivo, y por otra a que la incorporación de este personal a la Administración Pública se hace prácticamente sin ningún tipo de control, respondiendo únicamente a “relaciones y/o intereses políticos y personales”.

Es la Jurisprudencia la que, tanto por la escasa reglamentación del régimen jurídico aplicable al personal eventual, como por el abuso que las Administraciones Públicas (y más concretamente de las Entidades Locales) están llevando a cabo con el nombramiento de éste personal, la que paulatinamente ha ido clarificando y delimitando las funciones que pueden desarrollar.

Todas las Comunidades Autónomas, sin excepción, ofrecen en sus normas sobre función pública un concepto más o menos completo de “personal eventual”.

Definiciones como la Andaluza, que se limita a expresar, sin hacer ninguna mención a los derechos retributivos, que personal eventual son “... *aquellos que ocupan puestos de trabajo expresamente calificados como de confianza o asesoramiento especial*”, hasta aquellas otras que nos ofrecen una definición más completa como puede ser la de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, al afirmar que “... *tienen la condición de personal eventual los que, en virtud de nombramiento legal, ocupen puestos de trabajo considerados como de confianza o de asesoramiento especial, del Presidente o de los Consejeros, no reservados a funcionarios de carrera y que figuren con este carácter en la relación de puestos de trabajo correspondiente, y son retribuidos con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este tipo de personal*”, que hacen referencia a la consignación presupuestaria de las retribuciones.

Como hemos apuntado, dicho concepto ha de completarse igualmente con los enfoques dados por la Jurisprudencia, que paulatinamente ha venido concretando y delimitando dicha figura ante la imprecisa regulación normativa de la misma.

Por tanto, un análisis detenido de la normativa citada y del la postura jurisprudencial más asentada nos conducen a definir al “personal eventual” como :

“aquellas personas que, mediante un nombramiento libre se incorporan a la Administración Pública en una relación de naturaleza administrativa, ocupando puestos de trabajo no reservados a funcionarios de carrera, y desempeñando con carácter temporal y en favor de determinados órganos o autoridades, funciones exclusivamente calificadas de confianza o asesoramiento especial, pudiendo en la Administración Local desempeñar también determinados puestos de trabajo de carácter directivo, siendo cesadas libremente por la autoridad que las nombró y en todo caso de forma automática cuando se produzca el cese o expire el mandato de la autoridad a la que presten su funciones”.

Evolución histórica

El antecedente más remoto del personal eventual lo podemos encontrar en el Reglamento de Funcionarios de Administración Local aprobado por Decreto de 30 de Mayo de 1952 (RFAL), en el que junto a los funcionarios y obreros de plantilla (*Art. 1 y 5*), aparece otro tipo de personal con un régimen jurídico tan impreciso que cuesta encuadrarlo dentro de una clase u otra: interinos, accidentales, funcionarios de servicios especiales, subalternos...etc. (*Art. 5*).

Junto a estos, el artículo 6 del RFAL señalaba que el personal admitido para la realización de trabajos extraordinarios, imprevistos, o transitorios se denominaba temporero cuando realice funciones de carácter administrativo, y eventual en otro caso.

No obstante lo anterior, el ejemplo más característico y que más se asimila a lo que hoy entendemos por personal eventual (con una relación basada en la confianza), era el Secretario particular de la Presidencia, que era designado en las Corporaciones Locales de capitales de Provincia o de poblaciones con censo superior a 15.000 habitantes. (*Art. 147 RFAL*).

El denominado “personal eventual” fue introducido por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 109/1963, de 29 de julio de los Funcionarios Civiles del Estado, siendo desarrollado por el Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, que tras expresar en el Art. 3 que los funcionarios que se rigen por dicha Ley pueden ser de carrera o empleo, y que estos últimos pueden ser eventuales o interinos, indicaba en su Art. 5.1 que eran funcionarios eventuales aquellos que desempeñaran puestos de trabajo considerados como de confianza o asesoramiento especial, no reservados a funcionarios de carrera.

Este Art. 5.1 de la LCFE fue derogado expresamente por la Disposición Derogatoria 10 de la Ley 30/84, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que reguló en su Art. 20.2 el régimen de dicho personal eventual, estableciendo que sólo ejercerán funciones expresamente calificadas de confianza o

asesoramiento especial y cuyo nombramiento y cese son libres, correspondiendo exclusivamente a los Ministros y a los Secretarios de Estado, y, en su caso, a los Consejeros de Gobierno de las Comunidades Autónomas y a los Presidentes de las Corporaciones Locales, señalando además que dicho personal eventual cesa automáticamente cuando cese la autoridad a la que preste su función de confianza o asesoramiento.

Este concepto de funcionarios eventuales de la LFCE se mantuvo en el Real Decreto-Ley 22/77, de 30 de marzo de Reforma de la legislación sobre Funcionarios de la Administración Civil del Estado, pasando de la esfera estatal a la función pública local en el Decreto 3046/77, de 6 de octubre, por el que se aprobó el Texto Articulado Parcial de la Ley 41/1975, de 19 de octubre, de Bases del Estatuto de Régimen Local, en cuyo artículo 24.3 definía a los funcionarios de empleo de la Administración Local como *“aquellos que eventualmente desempeñan puestos de trabajo considerados como de confianza o asesoramiento especial no reservados a funcionarios de carrera”*.

El artículo 105 de dicho texto legal atribuía al Pleno de la Corporación el nombramiento de los funcionarios de empleo eventuales, salvo en los casos de urgencia, que podría hacerlo la Comisión Municipal Permanente en los Ayuntamientos donde existiera y la Comisión de Gobierno en las Diputaciones, y debiendo ser en todo caso autorizados por la Dirección General de Administración Local.

Dicho artículo establecía también que la retribución del personal eventual no podría exceder de la correspondiente al nivel de titulación que resultara adecuado a la función a desempeñar, fijándose en función de la naturaleza del puesto. En todo caso su cese sería automático cuando se produjera la renovación de la Corporación que efectuó el nombramiento.

El artículo siguiente, el 106, reguló por primera vez como funcionarios eventuales de carácter directivo a los denominados *“Directores de Servicio”*, que serían nombrados y removidos libremente por el Pleno a propuesta del Alcalde entre personas con la titulación, aptitud y experiencia adecuada para estar al frente de cada rama o servicio especializado, cuando la complejidad de los servicios propios de competencia municipal así lo aconsejara. El cargo era incompatible con el de miembro de la Entidad, afectándole las causas de incapacidad e incompatibilidad de Concejales, y podrían asistir con voz pero sin voto a las sesiones del Pleno o Comisión Permanente o de Gobierno, para informar o asesorar de los asuntos que les requiriere el Alcalde o la mayoría de los miembros de la Corporación, con voz, pero sin voto.

La función principal de estos Directores de Servicios era la de asumir la responsabilidad de la gestión de un área o servicio y se consideraba que era imprescindible la confianza de quienes los nombraba, pero no era una función específicamente de confianza o asesoramiento especial.

El 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 no hacía referencia al sistema retributivo de este personal, pero establecía en su Disposición adicional segunda, que:

“El nombramiento de los funcionarios públicos en puestos de trabajo de personal eventual se realizará conforme a los requisitos previstos para el nombramiento de dicho personal y no tendrá que someterse a los procedimientos establecidos para el concurso y la libre designación”.

También podemos citar determinada normativa muy concreta de instituciones en la que se regula de forma específica el personal eventual, como por ejemplo:

El Acuerdo de 5 de julio de 1990, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se aprueba el Reglamento de organización y personal del Tribunal Constitucional determina que los denominados “funcionarios eventuales”, son los definidos en el artículo 47 como aquellos que son nombrados al servicio del Tribunal Constitucional para el ejercicio de funciones de confianza o asesoramiento especial, no reservadas a funcionarios de carrera, de acuerdo con la relación de puestos de trabajo del Tribunal Constitucional. En su artículo 98.2 se determina que se asignará al personal eventual una retribución igual a la establecida para aquellos funcionarios de carrera que realicen una función análoga.

El Acuerdo de 22 de abril de 1986, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, reconoce en su artículo 128 que “... también podrán ser nombrados para prestar servicio en el Consejo General funcionarios de empleo, eventuales o interinos, dentro de las previsiones presupuestarias correspondientes”.

La consideración del personal eventual que desempeña puestos de confianza o asesoramiento especial se recoge con posterioridad en los artículos 89 y 104 de la Ley 7/85 de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. En concreto, y antes de que la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local introdujera el artículo 104 bis, la regulación de las retribuciones venía establecida en los puntos 1 y 3 que determinan lo siguiente:

“1. El número, características y retribuciones del personal eventual será determinado por el Pleno de cada Corporación, al comienzo de su mandato. Estas determinaciones sólo podrán modificarse con motivo de la aprobación de los Presupuestos anuales.

3. Los nombramientos de funcionarios de empleo, el régimen de sus retribuciones y su dedicación se publicarán en el «Boletín Oficial» de la Provincia y, en su caso, en el propio de la Corporación.”

y en el Art. 176 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, que en su artículo 126, establece que:

“1. Las plantillas, que deberán comprender todos los puestos de trabajo debidamente clasificados reservados a funcionarios, personal laboral y eventual, se

aprobarán anualmente con ocasión de la aprobación del Presupuesto y habrán de responder a los principios enunciados en el artículo 90.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril. A ellas se unirán los antecedentes, estudios y documentos acreditativos de que se ajustan a los mencionados principios. “

Y su artículo 176 señala que:

“1. El personal eventual se rige por lo establecido en el artículo 104 de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

2. Los puestos de trabajo reservados a este tipo de personal deberán figurar en la plantilla de personal de la Corporación.

3. Podrán ser desempeñados por personal eventual determinados puestos de trabajo de carácter directivo, incluidos en la relación de puestos de trabajo de la Corporación, de acuerdo con lo que dispongan las normas que dicte el Estado para su confección. En estos supuestos, el personal eventual deberá reunir las condiciones específicas que se exijan a los funcionarios que puedan desempeñar dichos puestos.

4. En ningún caso el desempeño de un puesto de trabajo reservado a personal eventual constituirá mérito para el acceso a la función pública o a la promoción interna.

En el apartado 3º citado no se contempla que el personal eventual pueda desempeñar funciones de confianza o asesoramiento, ya que sólo se refiere a los puestos de trabajo de carácter directivo, pero no por ello se puede excluir a dicho personal de confianza, ya que como se ha visto con anterioridad la propia LBRL lo permite. Además observamos que nada nuevo añade a la regulación de los derechos económicos de este personal.

El Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales en su artículo 41 señala que el Alcalde preside la Corporación y ostenta como atribuciones el desempeño de la jefatura superior de todo el personal de la Corporación y como jefe directo del mismo ejerce todas las atribuciones en materia de personal que no sean de la competencia del Pleno ni de la Administración General del Estado y, en particular, las siguientes: d) Nombrar y cesar al personal interino y eventual en los términos previstos en la legislación vigente.

Corresponden al Pleno, dejando amplio margen a su actuación, tanto a nivel retributivo como definiendo las demás características, según el artículo 50 las siguientes atribuciones:

“5. Aprobar la plantilla de personal y la relación de los puestos de trabajo de la entidad, con arreglo a las normas estatales previstas en el artículo 90.2 de la Ley 7-1985, de 2 de abril, y determinar el número y características del personal eventual, así como aprobar la oferta anual de empleo público.

Igualmente ocurría a nivel provincial, tal como vemos en los artículos siguientes:

Artículo 61.

El Presidente de la Diputación provincial preside la Corporación y ostenta las siguientes atribuciones:

“12 - Desempeñar la Jefatura superior de todo el personal de la Corporación y como jefe directo del mismo, ejercer todas las atribuciones en materia de personal que no sean de la competencia del Pleno ni de la Administración General del Estado y, en particular, las siguientes: d) Nombrar y cesar al personal interino y eventual en los términos previstos en la legislación vigente.”

Artículo 70.

Corresponden al Pleno, una vez constituido conforme a lo dispuesto en la legislación electoral, las siguientes atribuciones:

5 - Aprobar la plantilla de personal y la relación de puestos de trabajo de la Corporación, con arreglo a las normas estatales previstas en el artículo 90.2 de la Ley 7-1985, de 2 de abril, y determinar el número y características del personal eventual, así como aprobar la oferta anual de empleo público.

No hay que olvidar tampoco que son directamente aplicables en la Administración local normas como la ley 6/1985, de 28 de noviembre, de ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, según la que el personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía se clasifica en funcionarios, eventuales, interinos y laborales. Definiendo al personal eventual como aquellos que ocupan puestos de trabajo expresamente calificados como de confianza o asesoramiento especial. (Art. 16).

Continúa el artículo 28, señalando que los eventuales ocuparán los puestos de trabajo a ellos reservados por su carácter de confianza o asesoramiento especial. Son nombrados y cesados libremente por el Presidente de la Junta de Andalucía o por el Consejero en cuyo departamento se encuentre integrado el puesto. Cesan automáticamente, en todo caso, cuando cese la autoridad que los haya nombrado, no generando en ningún caso el cese derecho a indemnización. En el mismo sentido que la regulación estatal, establece que, el desempeño de estos puestos no constituye mérito alguno para el acceso a la función pública ni para la promoción interna, y los funcionarios que ocupen puesto de naturaleza eventual pasarán a la situación de servicios especiales.

2.2. Los Cargos Electos

La Constitución liberal de 1812 introdujo en España un Régimen Local escalonado y homogéneo que respondía en líneas generales a los siguientes criterios:

Representación democrática de los ciudadanos, división de poderes, racionalidad y máxima eficacia administrativa. La Constitución de 1812 estableció un sistema uniforme que, a diferencia del anterior, generalizó las instituciones locales de origen electivo en España: las Diputaciones Provinciales y los Ayuntamientos. La reacción absolutista anuló en dos ocasiones consecutivas el modelo liberal diseñado en Cádiz,

aunque la validez de sus planteamientos iniciales sobrevivió durante las primeras décadas del siglo XIX y triunfó una vez desaparecida la figura del rey Fernando VII.

Las modificaciones introducidas por el liberalismo doctrinario deformaron el modelo de 1812, pero, en opinión de Posada, «los legisladores de 1812 bosquejaron las aspiraciones políticas [...] y plantearon el edificio político-administrativo de la España del siglo XIX». Sobre esta base se fue construyendo el sistema normativo de la época.

Encontramos la Ley Municipal de 2/10/1877, en la que se establece que existirán derechos de representación para los Alcaldes de los municipios de primera, ya que el título de Alcalde era gratuito, obligatorio y honorífico, y para ejercerlo solo hacía falta leer y escribir.

Esta ley estuvo en vigor hasta la promulgación del Estatuto Municipal de 1924, donde se conferían derechos de representación a Alcaldes de municipios con un presupuesto superior a 500.000 pesetas.

En el Estatuto Municipal de 31 de octubre de 1935, el cargo de concejal es gratuito, obligatorio e irrenunciable, sin embargo, el carácter de gratuidad del Alcalde desaparece. El cargo es ahora solo honorífico pues en concepto de gastos de representación puede percibir una cantidad fija, que en ningún caso puede exceder del 1% del presupuesto ordinario de ingresos, ni de 30.000 pesetas. Obviamente, el carácter obligatorio e irrenunciable de la función concejal tiene más bien una consideración de moral política del cargo, de responsabilidad popular; pero soluble, ya que la inasistencia voluntaria a seis sesiones conllevaba su pérdida.

Posteriormente el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1952 y posteriormente en el Texto Refundido de la Ley de Régimen Local, se establece el desempeño gratuito del cargo de Alcalde. Si bien se establecen derechos de representación para los Alcaldes en cuantía fija no superior al 1% del presupuesto ordinario de ingresos en municipios de más de 10.000 habitantes.

Ya en el Real Decreto 1531/1979, de 22 de junio, se establecen asignaciones a Alcaldes y Presidentes por asistencias a sesiones y comisiones informativas, más gastos de representación y dietas (con un límite global según escala).

El artículo 75 de la Ley de Bases de Régimen Local regula el sistema de remuneración de los miembros de las Corporaciones Locales, distinguiendo entre: retribuciones por el ejercicio de sus cargos con dedicación exclusiva o parcial, asistencia por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados, e indemnizaciones como compensación económica de gastos justificados ocasionados por el ejercicio del cargo.

Esta enumeración, en principio, no parece que contenga conceptos difícilmente comprensibles; sin embargo, la sencillez se torna cabalística cuando preguntas a un corporativo que entiende por “dieta” o por “indemnización”. La jurisprudencia del TS, que en un primer momento surgió para aclarar conceptos como éstos tuvo que ser reinterpretada a través del prisma de la redacción del artículo 75 LBRL tras la reforma

de la ley 11/99. En cualquier caso, llamaba la atención el hecho de que los límites de estas remuneraciones de los miembros de las Corporaciones Locales no estuvieran regulados, como si lo estaban para el personal funcionario en el RD 462/02.

El artículo 75 de la Ley de Bases de Régimen Local regula el sistema de remuneración de los miembros de las Corporaciones Locales, distinguiendo entre: retribuciones por el ejercicio de sus cargos con dedicación *exclusiva* o *parcial*, asistencia por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados, e indemnizaciones como compensación económica de gastos justificados ocasionados por el ejercicio del cargo. En términos similares se expresa el artículo 13 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

A) Las retribuciones en régimen de dedicación *exclusiva* son las reguladas en el art. 75.1: Los miembros de las Corporaciones Locales percibirán retribuciones por el ejercicio de sus cargos cuando los desempeñen con dedicación exclusiva, en cuyo caso serán dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, asumiendo las Corporaciones el pago de las cuotas empresariales que corresponda salvo lo dispuesto en el artículo anterior. En el supuesto de tales retribuciones su percepción será incompatible con la de otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas y de los entes, organismos o empresas de ellas dependientes, así como para el desarrollo de otras actividades, en los términos de la Ley 53/1984, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

En este sentido, el artículo 5 de la Ley 53/1984 de 26 Diciembre (en su redacción dada por el art. 39 de la Ley 14/2000) establece que:

“Por excepción, el personal incluido en el ámbito de aplicación de esta Ley podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño de los cargos electivos siguientes: b) Miembros de las Corporaciones locales, salvo que desempeñen en las mismas cargos retribuidos en régimen de dedicación exclusiva”.

Sin olvidar que este artículo se está refiriendo a compatibilidad cuando se esté desempeñando, por sí o mediante sustitución, un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público.

Y en cualquier caso añade el art. 5 que:

“en los supuestos de miembros de las Corporaciones locales en la situación de dedicación parcial a que hace referencia el artículo 75.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, se podrán percibir retribuciones por tal dedicación, siempre que la desempeñen fuera de su jornada de trabajo en la Administración, y sin superar en ningún caso los límites que con carácter general se establezcan, en su caso. La Administración en la que preste sus servicios un miembro de una Corporación local en régimen de dedicación parcial y esta última deberán comunicarse recíprocamente su jornada en cada una de ellas y las retribuciones que perciban, así como cualquier modificación que se produzca en ellas” (repetimos, siempre en el supuesto de cargo o actividad en el sector público).

Porque en el supuesto de actividades privadas, el art. 11 de la Ley 53/1984 establece que:

“De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.3 de la presente Ley, el personal comprendido en su ámbito de aplicación no podrá ejercer, por sí o mediante sustitución, actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares que se relacionen directamente con las que desarrolle el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviera destinado. Se exceptúan de dicha prohibición las actividades particulares que, en ejercicio de un derecho legalmente reconocido, realicen para sí los directamente interesados”.

El artículo 12 concreta un poco más y se refiere a una serie de actividades cuyo ejercicio está vetado al personal comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley:

a) El desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares, en los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público. Se incluyen en especial en esta incompatibilidad las actividades profesionales prestadas a personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño del puesto público.

b) La pertenencia a Consejos de Administración u órganos rectores de Empresas o Entidades privadas, siempre que la actividad de las mismas esté directamente relacionada con las que gestione el Departamento, Organismo o Entidad en que preste sus servicios el personal afectado.

c) El desempeño, por sí o persona interpuesta, de cargos de todo orden en Empresas o Sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas.

d) La participación superior al 10 por 100 en el capital de las Empresas o Sociedades a que se refiere el párrafo anterior.

Finalmente el artículo 14 de la Ley 53/1984 establece que *“El ejercicio de actividades profesionales, laborales, mercantiles o industriales fuera de las Administraciones Públicas requerirá el previo reconocimiento de compatibilidad. La resolución motivada reconociendo la compatibilidad o declarando la incompatibilidad, que se dictará en el plazo de dos meses, corresponde al (...) Pleno de la Corporación Local, previo informe, en su caso, de los Directores de los Organismos, Entes y Empresas públicas. Los reconocimientos de compatibilidad no podrán modificar la jornada de trabajo y horario del interesado y quedarán automáticamente sin efecto en caso de cambio de puesto en el sector público. Quienes se hallen autorizados para el desempeño de un segundo puesto o actividad públicos deberán instar el reconocimiento de compatibilidad con ambos.*

B) Las retribuciones en régimen de dedicación parcial son las del art. 75.2: Los miembros de las Corporaciones locales que desempeñen su cargos con dedicación

parcial por realizar funciones de presidencia, vicepresidencia u ostentar delegaciones o desarrollar responsabilidades que así lo requieran percibirán retribuciones por el tiempo de dedicación efectiva a las mismas en cuyo caso serán dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social en tal concepto, asumiendo las Corporaciones Locales la cuota empresarial que corresponda. Dichas retribuciones no podrán superar los límites establecidos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. En los acuerdos plenarios se determinarán de los cargos que llevan aparejada esta dedicación parcial y de las retribuciones de los mismos que deberá contener el régimen de dedicación mínima necesaria para la percepción de tales retribuciones.

Los miembros de las Corporaciones Locales que sean personal de las Administraciones Públicas y de sus Entes, Organismos y Empresas dependientes solamente podrán percibir retribuciones por su dedicación parcial a sus funciones fuera de la jornada en sus respectivos centros de trabajo, en los términos que señala el art. 5 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado sexto del presente artículo.

Recordamos además que el artículo 74.3 LBRL establece que: Los miembros de las Corporaciones locales que no tengan dedicación exclusiva en dicha condición tendrán garantizada, durante el período de su mandato, la permanencia en el centro o centros de trabajo públicos o privados en el que estuvieran prestando servicios en el momento de la elección, sin que puedan ser trasladados u obligados a concursar a otras plazas vacantes en distintos lugares.

C) El art. 75.3 LBRL se refiere a las **asistencias**: Sólo los miembros de la Corporación que no tengan dedicación exclusiva ni parcial percibirán asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de la Corporación de que formen parte, en la cuantía señalada por el Pleno de la misma. Y el art. 75.4 añade: Los miembros de las Corporaciones Locales percibirán indemnizaciones por los gastos efectivos ocasionados por el ejercicio del cargo, según las normas de aplicación general en las Administraciones Públicas y las que en desarrollo de las mismas apruebe el Pleno Corporativo. En definitiva, la Ley 11/1999, de 21 de abril daba nueva redacción al art. 75 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), reconociendo el derecho de los miembros de las Corporaciones locales a percibir retribuciones por el desempeño del cargo, tanto por dedicación exclusiva como por dedicación parcial. Con lo que, en principio, los corporativos sin dedicación exclusiva ni parcial no podrían percibir retribuciones fijas o periódicas, sino sólo «asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones» e «indemnizaciones por los gastos efectivos ocasionados en el ejercicio de su cargo» (art. 75.3 y 4 LRBRL). La cuestión que se plantea entonces es qué debe entenderse por «gastos efectivos» a los que se refiere el art. 75 LRBRL: «*Los miembros de las Corporaciones locales percibirán indemnizaciones por los gastos efectivos ocasionados en el ejercicio de su cargo, según las normas de aplicación general en las Administraciones públicas y las que en desarrollo de las mismas apruebe el Pleno corporativo*».

Por su parte, el art. 13.5 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre establece que *«Todos los miembros de la Corporación, incluidos los que desempeñen cargos en régimen de dedicación exclusiva, tendrán derecho a recibir indemnizaciones por los gastos ocasionados por el ejercicio del cargo, cuando sean efectivos, y previa justificación documental, según las normas de aplicación general en las Administraciones Públicas y las que en este sentido apruebe el Pleno corporativo.»*

La jurisprudencia ha realizado una interpretación generosa del concepto «indemnización» empleado por el referido precepto. Así, las SSTs de 3 y 10 de julio, 18 de enero y 13 de diciembre de 2000, 6 de febrero de 2001 y 12 de julio de 2006, consideran como indemnizaciones, además de las que derivan de los gastos realizados en el ejercicio del cargo siempre que se justifique documentalmente (art. 13 del Real Decreto 2568/1986), aquellas que vienen a compensar «una ganancia dejada de obtener a consecuencia del trabajo o dedicación que impida la obtención de otro ingreso durante el tiempo que tal trabajo o dedicación al cargo sea exigido, como, en fin, por la "pérdida" o dedicación de un tiempo a una actividad cuando se podía haber dedicado a otra actividad particular».

En todo caso, la STS de 18 de enero de 2000, ha de ser interpretada con cautela porque trae causa en una anterior redacción del art. 75 LRBRL: este artículo se limitaba a las retribuciones o sueldos fijos y periódicos para los que desempeñaban cargos con dedicación exclusiva y en aquel momento no estaba prevista percepción alguna para quienes se dedicaban sólo parcialmente al cargo, pese a lo cual venía siendo una práctica habitual el asignar una cantidad a tanto alzado, de carácter fijo y devengo periódico, en concepto de indemnización, gastos de representación, asistencia al despacho u otras denominaciones que se han venido conociendo como «sueldos menores», que por no estar previstos en el desarrollo reglamentario, siempre que llegaban a los Tribunales de Justicia eran anulados. Y en esta coyuntura se dicta la STS de 18 de enero de 2000 dando el visto bueno a estas indemnizaciones a tanto alzado, que no necesariamente responden a un gasto efectivo, pero que se producían (y producen) en la realidad. Pero la situación cambió, con las modificaciones introducidas en la LRBRL por la Ley 11/1999, de 21 de abril (Pacto Local), que al dar nueva redacción al art. 75.1 reconoció el derecho a retribuciones por desempeño del cargo tanto con dedicación exclusiva, como con dedicación parcial. A partir de este momento los llamados «sueldos menores» tuvieron cobertura legal como retribuciones por dedicación parcial.

Por este motivo y continuando con el iter lógico, si ya en la anterior regulación reglamentaria (art. 13 del ROF) no estaban permitidas estas indemnizaciones que se utilizaban para “dar justificación legal” lo que era una retribución por prestación de un trabajo o dedicación parcial, la justificación que da la citada sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2000 pudiera ser otra si el acuerdo analizado se hubiese adoptado con posterioridad a la modificación del art. 75.1 LRBRL, pues el mantenimiento de este tipo de indemnizaciones, una vez vigente la posibilidad de

retribución por dedicación parcial, no está justificada ya que permitiría a las Corporaciones Locales la libre opción de acogerse a dedicación parcial o a indemnización, eludiendo, en este último caso, obligaciones de previsión social (alta y afiliación al Régimen General de la Seguridad Social), así como, en su caso, el régimen de incompatibilidades.

Por todo lo que se acaba de exponer, no es posible, abonar al Alcalde o concejales una cantidad fija mensual como indemnización por gastos (no por lucro cesante) si los mismos no se encuentran justificados documentalmente, toda vez que, no teniendo que rendir cuentas de las mencionadas cantidades, las mismas se convierten en un salario “encubierto”. Si estos gastos están justificados su percepción es compatible con la percepción de retribuciones por el desempeño del cargo en régimen de dedicación exclusiva o parcial, pues mientras las retribuciones tienen carácter remuneratorio de un trabajo, las indemnizaciones lo tienen compensatorio de unos gastos. La jurisprudencia también ha considerado que cabrían las indemnizaciones por el lucro cesante ocasionado por el desempeño de su función, a los concejales que no desempeñen su cargo en régimen de dedicación exclusiva, admitiendo el pago de una cantidad fija por hora trabajada que debe quedar justificada (STS de 13 de diciembre de 2000).

En consecuencia, con arreglo a estos argumentos jurisprudenciales, la autonomía local permite a las Corporaciones locales establecer las retribuciones e indemnizaciones de sus corporativos. Pudiendo establecerse que las indemnizaciones para resarcir los perjuicios derivados del desempeño del propio cargo, pueden ser tanto gastos realizados como ganancias estimadas que se dejan de percibir. Según el art. 1.1 d) del Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón de servicio, darán origen a indemnización o compensación –en las circunstancias, condiciones y límites contenidos en este Real Decreto– las “asistencias por concurrencia a Consejos de Administración u órganos colegiados (...)”. Como ya hemos indicado, el art. 13.6 del Real Decreto 2568/1986, dispone, como regla general, que “los miembros de la Corporación que no tengan dedicación exclusiva percibirán asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de que formen parte, en la cuantía que señale el Pleno de la misma”. Por ello, los concejales sin dedicación exclusiva tienen derecho al abono de asistencias. Se entenderá por asistencia la indemnización que proceda abonar según el artículo 27 del Real Decreto 462/2002 por: A) Concurrencia a Órganos colegiados de la Administración, de Órganos de Administración de Organismos Públicos, y de Consejos de Administración de empresas con capital o control públicos. B) Participación en tribunales de oposiciones y concursos encargados de la selección de personal o de pruebas cuya superación sea necesaria para la realización de actividades. C) Colaboración con carácter no permanente ni habitual en institutos, escuelas, o unidades de formación y perfeccionamiento del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

La Orden de 8 de noviembre de 1994 regula la justificación de las dietas, pluses y gastos de viaje, estableciendo los requisitos y justificantes que han de acompañarse a las cuentas de estas indemnizaciones, considerando que para hacer efectivas estas

indemnizaciones las cuentas han de estar justificadas conforme indican las citadas instrucciones, complementadas con lo que al respecto (especialmente en orden a la cuantía de dietas y gastos de locomoción) haya aprobado el Pleno. Respecto a los límites cuantitativos de las retribuciones e indemnizaciones de los concejales, de acuerdo con el art. 75 LRBRL (artículo 109 de la Ley 7/99), debían establecerse unos límites con carácter general para estas cantidades a consignar en los presupuestos, dentro de los límites que con carácter general se establezcan, sin que hasta la fecha se hubieran dictado tales límites: por ello, las Corporaciones han venido estableciendo los créditos para estas atenciones (retribuciones e indemnizaciones) en la cuantía que han estimado procedente.

Nada impide que a través de la propia autorregulación del órgano plenario, se establezca el régimen general de indemnizaciones por razón del servicio que para los funcionarios recoge el Real Decreto 462/2002, contemplando expresamente el grupo a que se asimilan los miembros de la Corporación a efectos de percepción de dietas.

En el caso de que el Pleno Corporativo no adopte acuerdo alguno al respecto, caben dos posibilidades de dar cumplimiento al artículo 13 del ROF en cuanto a indemnización a los Corporativos:

- 1) Indemnizar por el importe realmente gastado y justificado.
- 2) Considerar de aplicación con carácter supletorio el Real Decreto 462/2002.

Sin embargo, se destacaba la conveniencia de proceder a la regulación de esta materia en Pleno, dada su importancia y trascendencia. El TS en Sentencia de 20 de diciembre de 1999 nos recuerda que *«el legislador y el titular de la potestad reglamentaria han dotado a las Corporaciones Locales de un margen de libertad para remunerar a sus miembros, libertad que no puede entenderse como absoluta sino limitada a los términos genéricos de las normas jurídicas de carácter general»*. El régimen de retribuciones de los Corporativos será, pues, el que expresamente apruebe el Pleno de la Corporación, respetando las normas comentadas. La aprobación por el Pleno puede realizarse a través de la aprobación de una norma de carácter reglamentario, que puede ser el propio Reglamento Orgánico. También se pueden incluir disposiciones de esta naturaleza en las Bases de Ejecución del Presupuesto anual, Bases que de acuerdo con el artículo 9 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril contendrán cuantas disposiciones se consideren necesarias para una acertada gestión, estableciendo cuantas prevenciones se consideren oportunas o convenientes para la mejor realización de los gastos.

También puede el Pleno adoptar acuerdo de aprobación del régimen de indemnizaciones de los Corporativos, acuerdo que exigirá mayoría simple, sin necesidad de que este acuerdo deba revestir un carácter reglamentario. Pero en este caso había que actuar con mucha cautela porque supone en definitiva una excepción a su aprobación por medio de Reglamento Orgánico o Bases de Ejecución del Presupuesto anual y habría que tener en cuenta que siempre deberá existir crédito presupuestario suficiente y este solamente puede existir si se incluye en el presupuesto (inicial o modificado), que, necesariamente, tiene que aprobar el Pleno. La sentencia del Tribunal

Supremo de 1 de diciembre de 1995 referente a asignaciones económicas por asistencia a órganos colegiados de que formen parte los miembros de la Corporación, en síntesis viene a decir que la asignación de diferentes cantidades como dietas por la asistencia a los órganos colegiados (Alcalde, Tenientes de Alcalde y concejales de área o Presidentes de Comisiones Informativas y demás concejales) es contraria a Derecho por contravenir el art. 13.6 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre. Porque, como señala el Tribunal, la asistencia no supone necesariamente mayor trabajo por la preparación de las sesiones para quien ejerce cargos de mayor responsabilidad, pues la conducta exigible de los miembros de la Corporación, tanto los que forman parte del equipo de gobierno municipal como los demás, es una diligencia extrema en el estudio de los asuntos examinados por los órganos colegiados. En la actualidad puede reconocerse, como se ha indicado, dedicación exclusiva o parcial, si el contenido de sus tareas así lo demanda para “remunerar” en mayor cantidad a unos concejales que a otros.

2.3. El Personal Directivo

El objeto de este apartado es reflexionar en torno a la dirección pública en España, ahondando en la cuestión de las retribuciones y concretamente la necesidad objetiva de construir una dirección pública local como núcleo estratégico de modernización y desarrollo de las políticas municipales.

Para tener una percepción de la situación, es preciso poner de relieve como el nivel local antes de la aprobación de la Constitución de 1978, carecía por completo de una función directiva, con las excepciones quizá de aquellos municipios que disponían de régimen especial, como eran Barcelona (1960) y Madrid (1963), que crearon la figura de los “delegados de servicios”, inspirados en una suerte de modelo gerencial. Estos delegados ejercían funciones ejecutivas y rodeaban al Alcalde dotándole de un equipo de “managers” ajeno a las responsabilidades políticas que seguían siendo desempeñadas por el propio Alcalde, por los Tenientes de Alcalde o por los Concejales.

Pero la figura de los “managers” o gerentes no era ajena al mundo local. Ya estaba la idea en la primera normativa general de la administración local auspiciada por Calvo Sotelo en plena dictadura de Primo de Rivera. Esta figura se concretó, por ejemplo, en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, donde apareció de forma precisa la noción de Gerencia (art. 90), sin que en ningún momento se hiciera referencia expresa a los derechos retributivos del gerente. Aunque lo cierto es que, estos precedentes no consiguieron arraigar una función directiva en el mundo local.

En un plano más general hubo un intento de incorporar la figura de los directivos públicos al panorama administrativo español, y fue a través de la Ley de Funcionarios Civiles de 1964, creándose en este cuerpo normativo un denominado “Diploma de Directivos” (derogado por la ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública), cuya obtención habilitaba únicamente al Cuerpo de Técnicos de Administración Civil, creado en la década de los sesenta del siglo pasado, al acceso a

determinadas plazas reservadas a sus poseedores retribuidas conforme a la ley. La consecuencia fue que los potentes cuerpos especiales de la Administración Española se vieron orillados en el acceso a este diploma, y no aceptaron que sólo los Técnicos de Administración Civil pudieran acceder a tales puestos directivos.

Y lo cierto es que la llegada del sistema democrático al ámbito local que se produce de forma efectiva después de las primeras elecciones democráticas en 1979, no modifica en exceso el panorama descrito. En el plano normativo, en los primeros años de la década de los ochenta, no parecía percibirse la necesidad de crear una función directiva local, y la Ley de Bases de Régimen Local prescindió por completo de tratar esta materia.

No fue hasta el Texto Refundido de 1986 cuando se previera que las funciones directivas en el ámbito local pudieran ser desempeñadas por personal eventual, siempre que acreditaran los requisitos exigidos por el puesto (art.176 TRLBRL). Huelga decir que el recurso al personal eventual para el desempeño de las tareas directivas era el más inapropiado, puesto que, tal como ya hemos visto, el artículo 20 de la Ley 3/1984, este personal se caracterizaba por las notas de “asesoramiento” o de “confianza” de los políticos, propia por tanto, para funciones específicas de los gabinetes y desaconsejada en consecuencia para funciones de carácter ejecutivas o directivas.

Hubo que esperar hasta la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado para que ya, de forma definitiva se hablara de forma expresa de órganos directivos y de personal directivo. Aunque lo cierto es que esta ley no representó, a pesar de lo que pretendía justificarse, una profesionalización de la función directiva en la Administración del Estado, puesto que lo único que se hizo fue, salvo casos excepcionales, reservar nominativamente los puestos de naturaleza directiva de la Administración del Estado a funcionarios pertenecientes a cuerpos o escalas para cuyo ingreso se exigiera titulación superior. Por tanto la LOFAGE supuso un mero cambio formal, sin alterar en profundidad las bases sobre las que se asentaba el sistema de dirección pública en España desde la transición política.

3.- REGULACIÓN ACTUAL - LA DIVERSIDAD DE REGÍMENES JURÍDICOS Y EL CONCEPTO DE EMPLEADO PÚBLICO

La Ley 7/2007, de 12 de abril, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) incorpora por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico un concepto que la doctrina había acuñado pero que propiamente era extraño a la definición legal vigente —salvo algunas excepciones que podía localizarse puntualmente en leyes específicas—: la del empleado público ».

El EBEP se define como una norma que pretende fijar los principios generales aplicables al conjunto de «las relaciones de empleo público», y busca que en su contenido se incorpore aquello que es común al conjunto de los funcionarios y trabajadores al servicio de la Administración, y también al personal eventual. De ahí que la Exposición de Motivos se refiera a tal Estatuto como la síntesis de «aquello que

diferencia a quienes trabajan en el sector público administrativo, sea cual sea su relación contractual, de quienes lo hacen en el sector privado».

Hasta la aprobación del EBEP, las normas de función pública no se referían propiamente al «empleado público» como concepto jurídico definido, salvo algunas normas específicas o preceptos puntuales. Por lo general, la dicción era la de «personal al servicio de las Administraciones Públicas» —en el caso de Aragón—, «personal al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma...» según el Decreto legislativo 1/1991 de ley de ordenación de la función pública de la comunidad Autónoma de Aragón y a partir de allí se fijaba la ya tradicional distinción entre funcionarios de carrera, interinos, personal laboral —fijo y temporal— y personal eventual. Sin embargo, si la finalidad del nuevo Estatuto, y la propia denominación del mismo, es aunar en una misma norma muchos de los aspectos que afectan a los diferentes servidores públicos con independencia de su vínculo jurídico, era imprescindible que, denominado aquel como Estatuto Básico del Empleado Público, se procediera a su definición.

Definición no pacífica y que también sufrió modificaciones a lo largo del trámite parlamentario. Frente a la descripción inicial, que se calificaba a tal empleado como la persona que accede al desempeño retribuido de una función o un puesto de trabajo en la Administración Pública al servicio de los intereses generales, la definición finalmente aprobada fue más escueta, al suprimir la referencia al puesto de trabajo. Así, se entiende como tal empleado público a aquél que desempeña una función retribuida en la Administración Pública al servicio de los intereses generales (art. 8.1).

Parece evidente —y justificada— la parquedad e imprecisión de tal definición. Si no fuera por la descripción que efectúa el 8.2 de cuáles son los empleados públicos, en aquél primer concepto podría incorporarse un amplio abanico de servidores públicos, incluido naturalmente el personal directivo pero también aquél que tiene la consideración de alto cargo. Por tanto, se hacía necesario resituar el concepto a través de la relación del art. 8.2 del EBEP.

Sin embargo, tal concepto tiene su lógica —en lo que se refiere a ambigüedad e imprecisión— en la dificultad misma de definir al «empleado público».

Es prácticamente imposible casar en un único concepto toda una diversidad de «empleados» vinculados con la Administración por regímenes jurídicos diferentes e, incluso dentro de ellos mismos, con sustanciales diferencias en cuanto a derechos y obligaciones.

Así, puede colegirse que si una de las notas características del funcionario de carrera es el derecho al cargo, ésta no se predica del funcionario interino o del personal eventual, por lo que aquella no podía incorporarse a la definición común. Tampoco las notas de estabilidad sirven de elemento común, habida cuenta que la norma se refiere a trabajadores temporales, trabajadores indefinidos —diferenciándolos de los fijos—, funcionarios interinos y personal eventual, frente a los que sí tienen derecho de

permanencia (funcionarios de carrera y personal laboral fijo), permanencia esta que no puede calificarse con igual alcance y contenido para ambos colectivos. Igualmente el régimen jurídico no podía servir de común denominador, al incorporar a funcionarios y personal laboral bajo el mismo concepto, pese a los intentos de aunar en algunos aspectos una regulación similar o idéntica. En cuanto a la voluntad de incluir al personal eventual, de libre nombramiento y cese y desarrollando funciones de confianza o asesoramiento especial, era de hecho imposible cohesionarlo en cuanto su propia esencia con la que sustenta a funcionarios y trabajadores al servicio de la Administración.

Por ello entendemos que la definición finalmente establecida para el «empleado público» ha incorporado aquello que desde el punto de vista jurídico puede identificar a toda la relación jurídica: el desempeño de una función, con carácter retribuido —lo que excluye prestaciones personales voluntarias—, que tal ejercicio sea en el seno de la Administración Pública y que aquella tenga por finalidad el servicio de «los intereses generales».

Lo dicho nos permite efectuar algunas consideraciones iniciales.

En primer término, el EBEP estructura el personal al servicio de la Administración bajo el concepto de «clases de personal» delimitándolos a los ya referidos.

En segundo lugar, el EBEP opta por un régimen general funcional para los empleados públicos, aunque no de forma exclusiva; al contrario, creemos que esa preferencia se diluye, aunque no sea de forma decidida, y salvo que se interprete los preceptos que tratan de la cuestión desde la lógica de nuestra propia constitución, como tendremos ocasión luego de valorar. Recordemos que el Informe de la comisión de Expertos de 2005 defendió que la preferencia de la CE por el régimen funcional marcada por la STc99/1987 no se ha respetado en la práctica y se ha flexibilizado por la jurisprudencia posterior, lo cual ha permitido al legislador no inclinarse por un régimen funcional más expansivo. Ello se denota en la propia estructura del Título II: la clasificación y definición del personal es hasta un cierto punto aséptica, con la salvedad del art. 9.2 y, por otro lado, no se fijan fronteras precisas a la incorporación del personal laboral, excepción hecha de la remisión que el art. 11.2 efectúa a aquél art. 9.2.

Finalmente, como tercera reflexión, consideramos que el Título II es escasamente innovador ya no sólo en la definición de conceptos de los distintos tipos de empleados, sino incluso impreciso jurídicamente en aquellos aspectos en donde pretende introducir novedades, como tendremos ocasión de estudiar.

En cuanto a las modificaciones que introduce la Ley 27/2013, de 27 de Diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, busca el control de los salarios del personal al servicio de las Administraciones locales a través de varios instrumentos: por una parte a través de su limitación en las Leyes de presupuestos, por otra mediante la intervención de las propias corporaciones locales en la aprobación de dichos límites y en su publicación electrónica. Por lo que hace al primer asunto, el artículo 75.bis de la LBRL pasa a regular tras la nueva reforma que los

Presupuestos Generales del Estado determinarán, anualmente, el límite máximo total que pueden percibir los miembros de las corporaciones locales por todos los conceptos retributivos y asistencias (excluyendo los trienios que en su caso tengan derecho aquellos funcionarios de carrera que se encuentren en situación de servicios especiales), atendiendo a una tabla que figura en el propio precepto en el que se toma como referencia la figura de un Secretario de Estado deduciéndole unos determinados porcentajes en función de los habitantes del municipio. Siguiendo con esta estela, esta norma también prevé que las Leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado puedan establecer un límite máximo y mínimo total que por todos los conceptos retributivos pueda percibir el personal que se encuentra al servicio de las entidades locales y entidades de ellas dependientes "en función del grupo profesional de los funcionarios públicos o equivalente del personal laboral, así como de otros factores que se puedan determinar en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado".

Este régimen supone enmarcar el régimen retributivo del personal funcionario y laboral al que se deben sujetar las Administraciones locales en el ámbito de sus competencias sobre complementos económicos, pero también limita las posibilidades que la negociación colectiva puede y ha venido realizando en materia retributiva. Como mecanismo de control, se ha de añadir que en el nuevo art. 103 bis de la LBRL aprobado con la reforma, las Corporaciones locales aprobarán anualmente la masa salarial del personal laboral del sector público local respetando los límites y las condiciones que se establezcan con carácter básico en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

3.1. El personal eventual

Regulado en el art. 12 del EBEP, el personal eventual mantuvo a lo largo de todo el trámite parlamentario idéntico redactado en cuanto a aquél precepto regulador.

Considerado empleado público por el art. 8.2, tal como venía sucediendo hasta el momento presente, en que las leyes de función pública lo incluían en la categoría de «personal al servicio de las Administraciones Públicas», el régimen jurídico de tal tipología de personal no ha sufrido sustanciales modificaciones en cuanto a la regulación prevista en el art. 20.2 y 3 de la LMRFP.

Aunque se trata de un colectivo de empleados poco numeroso, las funciones que tienen atribuidas y su proximidad al poder político lo hacen especialmente significativo desde una perspectiva cualitativa, hecho que se evidencia con mayor claridad en el caso de las entidades locales que han incorporado desde el año 1986 numeroso personal eventual con funciones directivas, al amparo del Texto Refundido de Régimen local, y, como hemos señalado, es habitual que los gerentes o directivos en la Administración local ostenten tal condición.

Las notas básicas que caracterizan este tipo de personal siguen siendo las funciones que desarrollan y el procedimiento de nombramiento y cese. En cuanto a las primeras —funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento

especial—; en relación al nombramiento y cese, uno y otro continúan siendo libres, esto es discrecionales por parte de la autoridad que tiene competencia para ejercer tal facultad, aunque también se produce el cese automáticamente cuando acontezca el fin del mandato o cesa aquella autoridad que lo nombró. En este sentido se mantiene el mismo régimen jurídico existente hasta el momento.

Igualmente, el EBEP mantiene la previsión de que los servicios prestados como personal eventual no puedan computarse como mérito para acceder a la función pública o para la promoción interna. Pienso que debiera haberse perfilado mejor esta regulación, entendiendo que el concepto «función pública» lo es en un sentido amplio — comprensiva también del personal laboral—, para que ciertamente la finalidad del precepto —evitar que personal de libre nombramiento consolide con posterioridad una estabilidad como funcionario mediante la valoración en la fase de concurso de aquellos servicios prestados— impida también el acceso a la condición de trabajador.

Tampoco ha sufrido modificación la regla que prevé el régimen jurídico que regirá su relación con la Administración. Con idéntica redacción que la prevista para el funcionariado interino, al personal eventual le es aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera (art. 12.5 EBEP). Fundamentalmente las excepciones vendrán determinadas, también aquí, por la inexistencia del derecho al cargo —recuérdese que una de sus principales notas características es el «carácter no permanente» del mismo, ex art. 12.1 EBEP—, si bien el régimen de excepciones es mucho más amplio que las aplicables al funcionario interino, y se derivan del carácter de las funciones desarrolladas y su especial relación intuitu personae con la autoridad que lo nombra.

En donde sí se produjo una modificación significativa es en el conjunto normativo que se recoge en el art. 12.2 del EBEP, y que flexibiliza la estructura prevista hasta el momento por el art. 20.2 de la LMRFP.

En la LMRFP se indicaba que correspondía al Gobierno central y en el ámbito de sus competencias al Gobierno autonómico y al Pleno de las corporaciones locales determinar el número de puestos de personal eventual, sus características y sus retribuciones. El EBEP flexibilizó esta previsión, derivando a la ley de función pública de la Administración del Estado y a las correspondientes leyes autonómicas, que se promulguen en desarrollo del EBEP, la determinación de qué órganos de gobierno de cada Administración pública podrán disponer de este tipo de personal. En este primer apartado pues, acontece una remisión a futuras normas, pero con rango de ley, lo que impedirá un desarrollo por vía reglamentaria en esta cuestión concreta.

Debemos señalar, no obstante, que el redactado ambiguo del art. 12.2 del EBEP nos permitía deducir que la restricción que fijaba el art. 20.2, segundo párrafo de la LMRFP ha desaparecido, correspondiendo en el futuro a cada ley de función pública de desarrollo establecer qué órgano podrá nombra o cesar.

Téngase en cuenta que el referido artículo de la LMRFP indicaba que el nombramiento y cese correspondía exclusivamente a los Ministros y Secretarios de Estado, a los consejeros de Gobierno de cada Comunidad Autónoma y a los Alcaldes y

Presidentes de las corporaciones locales. Nada de ello ya se regulaba en el art. 12.2 del EBEP, sino que la remisión a la ley indica que ésta determinará «los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas que podrán disponer de este tipo de personal»; si bien no se establece que en esta remisión también deberá concretarse quién podrá nombrar y cesar, parece lógico que así sea, habiendo renunciado el Estado a través de una norma básica —como hasta ahora acontecía— a efectuarlo, lo cual permitía solventar las dudas existentes hasta el momento sobre nombramientos y ceses llevados a cabo por autoridades u órganos diferentes a los que fijaba la norma básica estatal, que entenderemos quedarán plenamente ajustados a Derecho si así se prevé. En este último sentido se manifestó el Informe de la comisión de Expertos de marzo de 2005 al señalar que debería corresponder a la Administración del Estado, a las comunidades Autónomas y a las corporaciones locales así como a otras entidades administrativas, dentro de los márgenes de la legislación que les pueda ser aplicable, «especificar (...) los altos cargos que pueden disponer de este tipo de personal».

En un segundo apartado, sin embargo, se mantiene la previsión actual de que el número máximo de empleados en régimen eventual es fijado por el órgano de gobierno de cada Administración, y hemos de deducir también que sus retribuciones y las características de los puestos.

Finalmente, el art. 12 del EBEP intenta limitar la opacidad que caracteriza el nombramiento, cese y las condiciones —sobre todo retributivas— de este personal, aunque se queda a medio camino de las propuestas que efectuó en su momento el Informe de la comisión de Expertos. En tanto que en éste se señalaba que la ley debía establecer la obligación de cada Administración de informar periódicamente «al público» del número de empleados eventuales con que cuentan, funciones que llevan a cabo, órganos en que prestan sus servicios y la retribución global, y todas las variaciones que acontezcan sobre estos datos, el EBEP concreta únicamente que el número y condiciones retributivas del personal eventual deberán ser públicas (art. 12.2 in fine). Sin embargo, a mi parecer, las recomendaciones del Informe de la comisión pueden ser perfectamente asumidas por las respectivas leyes de función pública que desarrollen el EBEP, opción que no sólo creo correcta jurídicamente sino también saludable desde el punto de vista de la gestión de los recursos humanos y de la actuación política derivada de aquella, para el caso de un colectivo tan singular pero significativo como es el eventual.

Regulación del personal eventual tras la ley de Reforma y Sostenibilidad de la Administración Local

Respecto del personal eventual, la nueva norma establece una serie de límites para su contratación por los Ayuntamientos y las Diputaciones, en función del número de habitantes del municipio (más de 2000), pero estando incluidos en esta escala siempre que se sujeten a condicionantes en la cantidad de eventuales en función del número de concejales de la corporación local (art. 104.bis LBRL). En todo caso, los ayuntamientos que no figuren en dichas escalas o de sus organismos dependientes no

podrán incluir en sus respectivos plantillas, puestos de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual. El no cumplimiento de estas limitaciones solo será excepcionalmente tolerado en las entidades locales que cumplan con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública conforme a lo regulado en la Disposición Transitoria 10ª, si bien únicamente hasta el 30 de junio de 2015. El nuevo apartado 4 del art. 104.bis de la LBRL prevé que el personal eventual "tendrá que asignarse siempre a los servicios generales de las entidades locales en cuya plantilla aparezca consignado. Sólo excepcionalmente podrán asignarse, con carácter funcional, a otros de los servicios o departamentos de la estructura propia de la entidad local, si así lo reflejase expresamente su reglamento orgánico".

3.2. Regulación actual de los cargos electos

La normativa aplicable actualmente es : el artículo 75 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local (LBRL); artículo 1.Dieciocho de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), que introduce el artículo 75 bis en la LBRL; artículo 1.Diecinueve de la LRSAL, que introduce el 75 ter de la LBRL; disposición transitoria 10.ª LRSAL, y artículo undécimo del Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas, que modifica la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado (LPGE) para 2014, cuyo apartado tres añade una nueva disposición adicional nonagésima a la citada LPGE.

En aplicación de la disposición transitoria (DT) 10.ª LRSAL, se debe partir en primer lugar de determinar si se cumplen los requisitos –y se mantienen- que permiten una aplicación excepcional de las previsiones contenidas en el artículo 75 bis LBRL, ya que si dichos requisitos se cumplen no se aplica necesariamente este precepto hasta el 30 de junio de 2015.

Esta misma DT 10.ª no establece la limitación al incremento retributivo, respecto a las retribuciones a 31 de diciembre de 2012, que sí exige en cambio para el número total de puestos de personal eventual o para los cargos públicos con dedicación exclusiva, aun cumpliendo los requisitos de excepcionalidad que recoge, aspecto al que nos referiremos más adelante.

El artículo 75 bis LBRL invoca la determinación de los Presupuestos Generales del Estado (LPGE) para los siguientes aspectos:

-De forma obligatoria: El límite máximo total que pueden percibir los miembros de las Corporaciones locales por todos los conceptos retributivos y asistencias (excluidos los trienios de los funcionarios de carrera en situación de servicios especiales), atendiendo los criterios de naturaleza de la entidad local y su población.

-De forma obligatoria, aunque no se desprenda ello de manera rotunda con la redacción dada por el artículo 75 bis LBRL: El límite máximo que permitiría, excepcionalmente, en las entidades locales de menos de 1.000 habitantes, el desempeño

de dedicación parcial de los miembros de las Corporaciones locales, ya que en este caso no pueden desempeñarlo en régimen de dedicación exclusiva.

-De forma potestativa: Los límites máximos y mínimos totales que por todos los conceptos retributivos pueda percibir el personal al servicio de las entidades locales, en función del grupo profesional y de otros factores.

La actual Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014, ha sido modificada por el artículo undécimo del Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas, cuyo apartado tres añade una nueva disposición adicional nonagésima a la citada LPGE, sobre el régimen retributivo de los miembros de las Corporaciones locales, con el propósito expresado en el preámbulo de este Real Decreto-ley de que la incorporación del límite máximo total que pueden percibir los miembros de las Corporaciones locales por todos los conceptos pueda ser efectivo desde la primera nómina a abonar en el mes de enero. El contenido es el siguiente:

Habitantes	Referencia
Más de 500.000	100.000 euros
300.001 a 500.000	90.000 euros
150.001 a 300.000	80.000 euros
75.001 a 150.000	75.000 euros
50.001 a 75.000	65.000 euros
20.001 a 50.000	55.000 euros
10.001 a 20.000	50.000 euros
5.001 a 10.000	45.000 euros
1.000 a 5.000	40.000 euros

En el caso de Corporaciones Locales de menos de mil habitantes, resultará de aplicación la siguiente escala, atendiendo a su dedicación:

Dedicación	Referencia
Dedicación parcial al 75%	30.000 euros
Dedicación parcial al 50%	22.000 euros

Dedicación parcial al 25%

15.000 euros

En este sentido, del juego de normas entre el artículo 75 bis, la DT 10.^a LRSAL y la LPGE para 2014, que ha indicado cuál es la retribución del Secretario de Estado, se deriva que desde el 1 de enero de 2014 rigen para los municipios de más de 1.000 habitantes las limitaciones contenidas en la tabla incorporada por el Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero –con la excepción efectuada antes respecto de la DT 10.^a para las entidades que cumplan los requisitos que dicha disposición transitoria contempla-, con carácter individual.

Hay que tener en cuenta, en este sentido, que hasta ahora no existe un límite total de porcentaje para las retribuciones de los miembros de las Corporaciones locales, en relación con los presupuestos de las respectivas entidades, a cuya necesidad parece apuntar, sin embargo, el artículo 75.5 LBRL.

Además, los cargos representativos de las entidades locales no se insertan en las limitaciones retributivas en materia de gastos de personal para los empleados públicos, contenidas en el artículo 20 de la LPGE para 2014, sino en las del artículo 22 de esta ley –retribuciones de los altos cargos del Gobierno de la Nación, de sus órganos consultivos, de la Administración General del Estado y de otro personal directivo-, como así viene a inferirse de la mención expresa contenida en disposición adicional nonagésima de la LPGE para 2014, introducida por el Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, que, como sabemos, parte de la prohibición de que no experimenten incremento las retribuciones de dichos cargos respecto de las retribuciones vigentes a 31 de diciembre de 2013.

Debemos matizar también que la aplicación desde el 1 de enero de 2014 de estas limitaciones –se vuelve a insistir en la salvedad dicha respecto de la DT 10.^a- debe producirse necesariamente –suponiendo la derogación de cualquier previsión en contrario existente en las entidades locales-, completándola con la regulación contenida en el artículo 75.5 LBRL, en el que se explicita la competencia del Pleno en materia de régimen retributivo de los miembros de las Corporaciones locales, con el adecuado reflejo en sus presupuestos, por lo que el acuerdo plenario habrá de partir de la limitación máxima individual ya indicada ahora en la LPGE para 2014 –en el caso de los municipios de gran población, véase el artículo 123 LBRL-, que debe tener en cuenta, a su vez, la competencia del Presidente de la Corporación local a que también se refiere el citado artículo 75.5 LBRL.

También hay que tener presente que el MHAP debe hacer pública la lista de las entidades locales que cumplen los requisitos de excepcionalidad de la DT 10.^a LBRL, aunque pensamos que ello no debe retrasar la aplicación en el ámbito local del artículo 75 bis, sobre la base de la información del órgano interventor y de la voluntad expresada explícitamente por el repetido Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, de su aplicación desde la nómina de enero de 2014.

Son varias las dudas interpretativas que genera el régimen retributivo de los miembros de las entidades locales, y que no han sido despejadas por el marco

normativo al que nos hemos referido, como lo que sucede al no señalar la LPGE para 2014 el límite retributivo por la dedicación parcial en los municipios de más de 1.000 habitantes –previsión cuya posibilidad sí contempla, en cambio, el artículo 75.2 LBRL en este tipo de dedicación para el conjunto de las Corporaciones locales-.

Podría sostenerse, en este sentido, que en los citados municipios de más de 1.000 habitantes se pueden percibir las cantidades previstas en la primera de las tablas – de acuerdo con el tramo de población correspondiente-, en concepto de dedicación parcial, y compatibilizarlo con otra dedicación parcial, sin atenerse a los porcentajes de dedicación de los municipios de menos de 1.000 habitantes, ya que lo que únicamente prohíbe con carácter general el artículo 75 bis LBRL es compatibilizar la dedicación exclusiva de concejal con la de diputado provincial o equivalentes, por lo que sí se puede concluir que es factible acumular en consecuencia dos dedicaciones parciales en el ámbito representativo local, al margen de la ya recogida en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, a la que se refiere el artículo 75.2 LBRL.

Los problemas se podrían derivar del hecho de que en los acuerdos plenarios de determinación de los cargos que lleven aparejada la dedicación parcial y sus retribuciones debe contenerse, *ex* artículo 75.2 LBRL, el régimen de la dedicación mínima necesaria para la percepción de dichas retribuciones, que pueden dificultar en la realidad la compatibilidad cuando no tengan entre ellos el adecuado encaje de horarios o de dedicación.

Otra cuestión que puede suscitar dudas, es la derivada de la prohibición contenida en el artículo 22 LPGE para 2014, de incremento retributivo para los altos cargos y asimilados, respecto de las vigentes a 31 de diciembre de 2013, a la que anteriormente nos referimos, porque habría que entender, siempre respetando que no suponga incremento del número de cargos públicos con dedicación exclusiva respecto al existente a 31 de diciembre de 2012, que estamos hablando en términos de homogeneidad, y, por lo tanto, pueden incorporarse, por ejemplo, al régimen de dedicación parcial cargos que estuvieran con anterioridad en régimen de asistencias, porque en este caso no hay limitación contenida en la DT 10.^a LBRL.

Asimismo, tampoco se han desarrollado por la LPGE para 2014 los límites que con carácter general, en su caso, han de establecerse en las leyes de Presupuestos Generales del Estado, en materia de dotación económica para los grupos políticos, y, de igual manea, tampoco se han señalado límites a las cantidades a percibir en concepto de asistencias, por lo que debemos tener en cuenta esta circunstancia a la hora de la adopción de los oportunos acuerdos.

Por lo que se refiere específicamente al número de cargos públicos representativos en régimen de dedicación exclusiva, en aplicación de la DT 10.^a LRSAL, se debe partir en primer lugar de determinar si se cumplen los requisitos –y se mantienen- que permitirían una aplicación excepcional de las previsiones contenidas en el artículo 75 ter LBRL, ya que si es así este precepto no se aplica necesariamente hasta el 30 de junio de 2015.

Esta misma DT 10.^a establece, en todo caso, la limitación al número de cargos con dedicación exclusiva, respecto de los existentes a 31 de diciembre de 2012, aun cumpliendo los requisitos de excepcionalidad que recoge.

3.3. Regulación actual del Personal Directivo

El EBEP se hace eco de esta figura del personal directivo en diferentes pasajes del texto, como hemos visto principalmente en el art. 13 que forma parte de un Subtítulo (“Personal Directivo”) de un Título II que se enuncia como “Clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas”.

De esta ubicación sistemática se podrían extraer algunas conclusiones, como que no es en puridad una clase de empleado público, pues no está recogido con ese carácter en el art. 8.2 (aunque si lo estuvo en algunos momentos de su tramitación parlamentaria). De ser ciertas estas precisiones cabría preguntarse qué sentido tiene regular al personal directivo en el EBEP. Por tanto entiendo que es más lógico defender la tesis de que los directivos públicos son cuanto menos, empleados públicos a los que se les aplica con las modulaciones debidas las previsiones del Estatuto.

Veamos cuales son las referencias directas e indirectas que se recogen en el texto:

- La exposición de motivos de la Ley, dedica específicamente un párrafo a la figura del directivo público. Y de allí, claramente se puede interpretar que, a pesar de la dicción del art. 8.2 y de la del art. 13, el personal directivo es –o se pretendía que fuera- una clase de personal al servicio de la administración pública. Entre otras cosas, el citado párrafo dice: “(...) El Estatuto Básico define las clases de empleados públicos regulando la nueva figura del personal directivo...conviene avanzar decididamente en el reconocimiento legal de esta clase de personal, como ya sucede en la mayoría de los países vecinos”. Pero la citada exposición de motivos también justifica la creación de esta figura en la necesidad que nuestras administraciones públicas tienen de disponer de una gestión profesional sometida a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad y control de resultados en función de los objetivos, así como por el innegable “factor de modernización administrativa” que esta figura representará para nuestras organizaciones públicas.

- El citado art 8.2 del EBEP omite, sin embargo, que se trate de “una clase de personal”. Aún así, como hicimos referencia anteriormente, durante buena parte de la tramitación parlamentaria existió una letra e) (“personal directivo”) que finalmente se suprimió en el Pleno del Senado de 21 de marzo de 2007.

- El artículo 20 prevé una regulación de la “evaluación del desempeño” que, sin embargo, no puede ser extrapolada a la evaluación del personal directivo que se recoge en el art.13.3, puesto que de la dicción concreta de este artículo, claramente se prevé que va dirigida a los empleados públicos,

funcionarios o laborales, pero no a los directivos públicos. El sistema de evaluación de directivos públicos deberá tener en cuenta algunos de los principios recogidos en el art. 2, por un elemental sentido de que se trata de propuestas razonables, pero debe ser tratado con parámetros específicos.

- En materia de negociación colectiva hay alguna referencia directa o indirecta al personal directivo. En efecto, el artículo 37.2.c) reitera algo que ya está previsto en el artículo 13.4, primer inciso, pues se establece que queda excluida de la obligatoriedad de la negociación “la determinación de condiciones de trabajo del personal directivo. Queda por tanto excluida la negociación de determinados conceptos retributivos, que normalmente son objeto de debate. Sin embargo, siendo esto razonable, no se entiende por qué el personal directivo funcionario que mantenga la situación administrativa de servicio activo si puede ser elector y elegible, según prevé el art. 44 EBEP.

- En materia de situaciones administrativas, reguladas en el Título VI EBEP, haciendo referencia al objeto principal de análisis de este trabajo, podemos decir que el artículo 87.3, en sus dos últimos incisos, establece un régimen jurídico específico de retribuciones para aquellos funcionarios que hayan sido nombrados “altos cargos” (todo ello al margen de que lo hace extensivo a otros supuestos que ahora no interesan). En efecto, tal precepto recoge una genérica previsión de que las “Administraciones Públicas velarán para que no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional” de estos funcionarios, pero establece un mínimo de garantía para este colectivo, cuando afirma lo siguiente: “ estos funcionarios recibirán como mínimo el mismo tratamiento en la consolidación del grado y conjunto de complementos que el que se establece para quienes hayan sido Directores Generales y otros cargos superiores de la correspondiente Administración Pública”. En virtud de esta previsión, el directivo público con la condición de “alto cargo” mantendrá el privilegio de disponer del complemento de Director General cuando retorne a su puesto de funcionario durante el resto de sus días de servicio en la Administración Pública, independientemente de que sea aquella en la que ha prestado servicios como alto cargo u otra diferente. Esta discutible interpretación (que “sanciona” a la Administración de origen del funcionario cuando este presta servicios como alto cargo en otra diferente) fue considerada como constitucional en una polémica sentencia del Tribunal Constitucional (STC 32/2000), luego proseguida por otras que abordaron este mismo tema.

- Hay en el texto del EBEP una vía de escape a la profesionalización de los directivos públicos, y no es otra que la recogida en la disposición adicional primera, por medio de la cual únicamente se extiende al resto de las entidades del sector público estatal, autonómico o local la aplicación de determinados preceptos puntuales del EBEP, pero en ningún caso el art. 13, con lo que los directivos de estas entidades excluidas del ámbito de aplicación del EBEP seguirán siendo designados políticamente o por razones exclusivas de confianza política. Esta previsión podría y debería ser corregida por el legislador

de desarrollo, a efectos de paliar esa vía de escape que desmiente directamente los objetivos de profesionalizar la función directiva en el sector público.

El personal directivo con la condición de personal laboral

El artículo 13.4. in fine del EBEP, establece que, cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.

La alta dirección se configura como una relación laboral especial excluida, en principio, del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (en adelante ET), ex art. 2.1.a) ET.

Su régimen jurídico se halla recogido en Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (en adelante DPAD), conforme a cuyo art. 3 se rige por libre voluntad de las partes, sin perjuicio de las normas de carácter imperativo del Real Decreto citado, y del propio ET por remisión del mismo. Con carácter subsidiario, resulta de aplicación la legislación civil y mercantil. No es derecho supletorio aplicable al contrato de alta dirección el convenio colectivo; ello es lógico, puesto que el Convenio Colectivo se negocia teniendo como destinatario al personal laboral común (y partiendo del mínimo que el Estatuto de los Trabajadores representa). Ahora bien, sí admite que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pacten la remisión al mismo.

Se trata por tanto de una relación que pese a su naturaleza laboral, se halla más próxima a la contratación civil, inspirada en la libre autonomía de la voluntad y en el principio de igualdad de partes, lo cual es perfectamente coherente con los cometidos del alto directivo, al que se presumen conocimientos que lo sitúan en una posición "no inferior" a la del empresario, y que justifican un tratamiento, insistimos, alejado del carácter tuitivo del ET.

A consecuencia de esta especial naturaleza, la regulación del alto directivo presenta singularidades carentes de equivalente en la relación laboral común, como la extinción por desistimiento y el régimen indemnizatorio en caso de extinción del contrato.

Lo expuesto se comprende mejor si examinamos las relevantes funciones atribuidas al alto directivo, que se intuyen a la vista de la definición que se recoge en el art. 1.2 DPAD. Dicho concepto no contiene distinción alguna entre el personal de alta dirección de la empresa privada o de la Administración Pública, lo cual ha suscitado la problemática de la viabilidad de esta figura en las Administraciones Públicas, puesto que en las mismas no puede exigirse la concurrencia plena de los requisitos de la definición del art. 1.2 DPAD, a saber, poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, relativos a los objetivos generales de la misma, autonomía y plena responsabilidad.

El primer supuesto en que se observaron las peculiaridades de la alta dirección en la Administración Pública fue el analizado en la Sentencia del TS de 2 de abril de 2001 (EDJ 2001/5775). Se cuestionaba en dicho caso la naturaleza de alta dirección de

los contratados como titulares de los órganos de dirección de los centros sanitarios de las instituciones de éste carácter del Instituto Nacional de la Salud. El TS consideró que no cabía exigir la concurrencia de los requisitos del art. 1.2 DPAD, pues tal interpretación vaciaría de contenido una norma de rango legal (la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud - EDL 1999/63027-, que expresamente preveía la cobertura del puesto por personal de alta dirección en su DA 10ª), dejándola sin efecto.

En definitiva, en tal supuesto era esencial la existencia de una norma con rango legal: la Ley 30/1999. Ello ya nos anticipa la importancia de la previsión específica del contrato de alta dirección en una norma con rango de ley.

Posteriormente, podemos destacar la Sentencia núm. 178/2007, de 28 de febrero, del TSJ Madrid (EDJ 2007/46854); en tal supuesto no existía una norma legal especial, por lo que, en principio, la calificación de la relación como de alta dirección dependió de la acomodación del cargo a lo previsto en el art. 1.2 DPAD.

La Sentencia citada atiende a los siguientes elementos: 1) los poderes solidarios para cerrar operaciones, 2) titularidad de una unidad de gestión y 3) dependencia exclusiva de los órganos de gobierno, para concluir que el cargo es de alta dirección, como se desprende de su FJ 3º. Sin embargo, paulatinamente se ha ido acuñando un concepto flexible de alta dirección en la Administración, incluso sin norma de rango legal que lo sustente.

Este criterio ha sido recogido por el TSJ Galicia en Sentencia núm. 2013/2010, de 23 de abril (EDJ 2010/85638) y el TSJ Baleares en Sentencia núm. 508/2008, de 24 de octubre (EDJ 2008/254034), ambas referidas a personal directivo de empresas públicas (televisiones).

Destacamos las siguientes notas al hilo de partes extractadas de la primera de dichas Sentencias, que adopta el criterio de la segunda:

- 1) interpretación flexible del concepto de alta dirección en el ámbito público.
- 2) relación de confianza como fundamento último del contrato de alta dirección.
- 3) poder de decisión, facultades distintas de trabajador ordinario.
- 4) dependencia de los órganos de gobierno.

Finalmente, como ya hemos visto, con la aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP) disponemos por fin de una norma legal que cualifique las relaciones de alta dirección con carácter general en el ámbito de las Administraciones Públicas, suponiendo un cambio sustancial en la configuración del concepto de la alta dirección en el ámbito que nos atañe.

Por tanto, si la norma específica de cada Administración (estatutos, organigrama...) determina qué puestos -o qué funciones- son de alta dirección, habrá que calificar como tal la misma, aún cuando no concurren las notas previstas en el RD

del Alta Dirección, prevaleciendo por tanto el criterio formal de calificación (definición de cargo como alta dirección en la correspondiente norma administrativa específica) frente al material (comprobación de las características del art. 1.2 DPAD).

De la interpretación conjunta de los arts. 13 EBEP y 1.2 DPAD se desprende que el RD de Alta Dirección es aplicable a las relaciones laborales especiales de alta dirección, pero su concepto se ve necesariamente ampliado por la nueva dicción del art. 13 EBEP. Ello se desprende de las siguientes consideraciones:

Primera: El art. 13 EBEP no define al personal directivo por referencia a los criterios de la legislación laboral en el sentido de art. 1 RD 1382/1985, sino por referencia al ejercicio de funciones directivas para cuya concreción se remite a normas administrativas, cuales son las específicas de cada administración. Partiendo de esta premisa, será suficiente con que la Administración Pública de que se trate defina una función como directiva o, lo que es igual, atribuya a un determinado titular de un puesto de trabajo la condición de directivo para que nos hallemos ante "personal directivo", aun cuando no reúna los requisitos del RD de Alta Dirección.

Segunda: Atendiendo al principio de jerarquía normativa, puesto que el EBEP es una norma con rango de ley y establece la definición de personal directivo, no puede haber ningún impedimento jurídico para que la ley modifique, ampliando el alcance de una norma subordinada como es el RD 1382/1985, admitiendo por tanto como sujetos de la relación laboral regulada en tal Real Decreto a personas que no estarían comprendidas en el mismo. Es más, el art. 2.1.c) ET extiende el concepto de relación laboral de carácter especial a "cualquier trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una ley", y esto es lo que ha venido a hacer, respecto del personal directivo de carácter laboral al servicio de las administraciones públicas el EBEP.

Tercera: El supuesto que regula el EBEP guarda analogía con la DA 10ª de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, reguladora de la selección y provisión de plazas de personal estatutario de los servicios de salud, que contemplaba la cobertura de los órganos de dirección de los centros sanitarios de las instituciones de éste carácter del Instituto Nacional de la Salud conforme al régimen especial de alta dirección regulado en el RD 1382/1985, disponiendo que "se entiende por órganos de dirección, a los efectos previstos en el párrafo anterior, los directores gerentes de los centros de gasto de atención especializada y atención primaria, así como los subgerentes y los directores y subdirectores de subdivisión". Pues bien, al respecto el TS en Sentencia de 2 de abril de 2001(EDJ 2001/5775) justificó por lo expuesto la inclusión de los titulares de dichos órganos en el régimen de personal de alta dirección del RD 1382/1985, pese a que no reunían los requisitos y condiciones del mismo.

Resulta pues, palmaria, la importancia que para la Administración Pública ha supuesto la aprobación del EBEP, y la configuración de un concepto propio (formal, no obstante) de alta dirección.

Sin embargo, es preciso advertir que la aplicación de este concepto no es automática, sino que requiere la concurrencia de los siguientes elementos: en primer

lugar, hay que aclarar que el art. 13 EBEP sólo será aplicable a las entidades incluidas en su ámbito de aplicación, es decir, a las comprendidas en el art. 2 EBEP. En consecuencia, quedan excluidas de su ámbito de aplicación las sociedades mercantiles públicas y fundaciones del sector público.

La exclusión de las mismas se colige de la DA 5ª EBEP, bajo la rúbrica "aplicación de este Estatuto a organismos reguladores", da un paso más en la delimitación de su ámbito de aplicación al disponer que: "Lo establecido en el presente Estatuto se aplicará a los organismos reguladores de la disposición adicional décima, 1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado en la forma prevista en sus leyes de creación".

Y, por otra parte, la DA 1ª EBEP, bajo la rúbrica "ámbito específico de aplicación", apartándose del concepto de Administración Pública para referirse al más amplio de "sector público", nos aclara que: "Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica".

Consecuentemente, las Sociedades Mercantiles y las Fundaciones del Sector Público Estatal no podrán invocar el art. 13 EBEP para calificar sus contratos como de alta dirección, si bien podrán argumentar la existencia de un concepto flexible de alta dirección en las Administraciones Públicas, e incluso citar por analogía el EBEP, indicando que aún no siendo directamente aplicable, refleja el reconocimiento por el legislador de las peculiaridades de la alta dirección en la Administración.

En cuanto al segundo requisito, como hemos adelantado, el art. 13 EBEP no contiene una definición de alta dirección en las Administraciones Públicas, sino que remite a la norma específica de cada Administración; ello comporta, a efectos de invocar el EBEP en defensa de la existencia de una relación de alta dirección, la necesaria existencia de dicha norma particular, sea en estatutos, sea a través del organigrama correspondiente, y que en los mismos se cataloguen los puestos de alta dirección.

No se plantean problemas en los casos de Agencias estatales, Entidades Públicas Empresariales y Organismos Autónomos, que basta incluyan un catálogo de puestos de alta dirección en sus estatutos (art. 62 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y art. 11 de la Ley de Agencias).

Hacemos una breve referencia a la regulación introducida en materia de alta dirección por el RD-ley 3/2012 en su DA 8ª, ya que se enmarca en el conjunto de medidas adoptadas para la contención del gasto en el sector público.

Hay que aclarar que esta disposición del RD-ley 3/2012 circunscribe su ámbito de aplicación a la alta dirección en el sector público estatal, es decir, a la Administración General del Estado, Organismos Autónomos, Entidades Públicas empresariales, sociedades mercantiles estatales y fundaciones del sector público estatal,

como se establece en el apartado primero de la DA 8ª, por remisión al art. 2.1 de la Ley 47/2003, General Presupuestaria, quedando excluidos únicamente las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, así como sus centros y entidades mancomunados a las que se refiere la letra d) del mismo artículo.

Pero queremos hacer referencia a su contenido ya que sus principales innovaciones vienen a ser el establecimiento de una estructura retributiva uniforme, la reducción –y supresión, en su caso- de las indemnizaciones por desistimiento de la Administración, y reducción del período de preaviso, sin perjuicio de que las limitaciones en materia indemnizatoria puedan ser modificadas por el Gobierno en función de la situación económica.

La estructura retributiva, con anterioridad a la aprobación del RD-ley 3/2012, era la que libremente pactaran las partes. Sin embargo, la norma citada introduce una estructura retributiva -en el ámbito del sector público estatal- que distingue entre dos clases de retribuciones: las básicas y las complementarias, incluyendo éstas últimas un complemento de puesto y un complemento variable.

La concreción de la estructura retributiva de los altos directivos en el sector público estatal no es una cuestión de mera unificación, o clarificación de los conceptos salariales, sino que está plenamente ligada al fin esencial de la reforma laboral: la racionalización y contención del gasto público.

Así se colige de la interpretación conjunta de los apartados 3º (estructura retributiva) y 2.2 del RD-ley 3/2012 (que limita la indemnización a las retribuciones fijas en metálico).

La trascendencia del cambio radica en que con anterioridad, al no existir una norma específica de las Administraciones Públicas que contemplara el régimen de la alta dirección en su seno (exceptuando el art. 13 EBEP, que se remitía al DPAD), las indemnizaciones se fijaban atendiendo a las reglas del DPAD, es decir, conforme al salario del alto directivo (art. 11.1 y 2 DPAD). En consecuencia, el cálculo de las indemnizaciones había de tomar como base de cálculo todas las retribuciones salariales percibidas anualmente, fueren en metálico o en especie, fijas o variables, sin distinción.

El RD-ley 3/2012 limita estas indemnizaciones, partiendo como premisa necesaria de la definición de una estructura retributiva uniforme, eliminando así los problemas que se suscitaban tanto respecto a las retribuciones por objetivos (variables), como en cuanto a las retribuciones en especie, tratando de darse a éstas última una naturaleza no salarial, como dietas y suplidos, como se colige del apartado 6º del RD-ley 3/2012, que prevé el desarrollo de un sistema de compensación por gastos en concepto de dietas, desplazamientos y otros análogos.

Modificaciones introducidas por la Ley de Reforma y Sostenibilidad de la Administración Local

Salvo para los municipios incluidos dentro del régimen jurídico de los municipios de gran población y para las Diputaciones Provinciales, la normativa de régimen local no prevé este tipo de personal en los municipios de régimen común.

El art. 32 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL), introducido por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), determina el régimen y requisitos de los nombramientos del personal directivo en las Diputaciones Provinciales. Este régimen jurídico debe completarse con lo dispuesto, con carácter básico, en el art. 13 Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) y la Disposición Adicional Decimoquinta de la LBRL.

Estos requisitos sólo son exigibles a aquellos nombramientos que se realicen con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley (31 de diciembre de 2013) y, por tanto, no afectan ni alteran los nombramientos realizados con anterioridad a dicha fecha.

Por ello es necesario adoptar los acuerdos necesarios en orden a concretar el régimen jurídico de este personal, así como incorporarlo al Reglamento Orgánico de la Corporación como parte esencial de la estructura organizativa de la Diputación, además de hacerlo constar en los instrumentos de planificación correspondientes sobre personal al servicio de esta Institución.

Como limitaciones que se establece que deberán ser funcionarios del subgrupo A1, salvo que el correspondiente Reglamento Orgánico permita que, en atención a las características específicas de las funciones de tales órganos directivos, su titular no reúna dicha condición de funcionario.

4.- PROBLEMÁTICA QUE SE SUSCITA EN LA ACTUALIDAD

34 años después de las primeras elecciones tras la restauración de los ayuntamientos democráticos es tiempo suficiente para plantearse hacia dónde debe encaminarse nuestra administración local, teniendo en cuenta que es la más cercana al ciudadano pero también la más inviable por su propia atomización. Así, en España existen un total de 8.117 ayuntamientos de los que sólo 145 cuentan con más de 50.000 habitantes mientras que 4.874, lo que supone nada menos que el 60 %, tienen menos de 1.000 habitantes, 3.787 no llegan a 500 y 1.040 ni siquiera a 100, a los que hay que sumar 3.720 entidades locales menores, 1.023 mancomunidades además de agrupaciones, consorcios, etc., etc.

El Gobierno, tras unos primeros pasos titubeantes en los que había dejado caer la posibilidad de fusionar ayuntamientos, no quiso abrir este debate, y ha terminado por elaborar una ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local que no contenta prácticamente a nadie y de la que me gustaría hacer algunas reflexiones:

En cuanto al sueldo de nuestros municipios en la reforma se establece que el sueldo de los miembros de las corporaciones locales se fijará anualmente en los Presupuestos Generales del Estado según la población del municipio y limitado al de Secretario de Estado, dejando claro que de los 68.285 concejales en España, sólo 12.188 (18 %) tendrán derecho a esa dedicación, pero se omiten dos datos:

1º: Cuántos concejales cobran actualmente y el importe de sus retribuciones.

2º: Cuál es el importe máximo que supondrá esta reforma.

Y a pesar de ello cuantifican el ahorro por este concepto.

Habiendo tomado datos de estudios realizados, llegamos a la conclusión de que aunque sean llamativos los datos de las grandes corporaciones sin embargo estos no son significativos, así, por encima de 500.000 habitantes sólo hay 6 ayuntamientos y entre todos serán unos 55 concejales los que no cobren, mientras que:

- Entre 1.000 y 2.000 habitantes hay 931 ayuntamientos, la inmensa mayoría de cuyos alcaldes no cobran nada y ahora podrían tener una retribución de 20.000 euros.

- Entre 2.000 y 3.000 habitantes hay 530, de los cuales la mayoría tampoco cobra o lo hace 1 sólo y, generalmente, en cantidades pequeñas, muchas veces con dedicaciones parciales, y ahora podrá haber 2 por un importe de hasta 30.000 euros cada uno.

- Entre 3.000 y 5.000 hay 490 ayuntamientos en los que también suele haber sólo el sueldo del alcalde, mientras que con la reforma podrán ser 3 miembros, también a 30.000 euros.

- Entre 5.000 y 8.000 hay 416 ayuntamientos en los que no suele haber más de 2 dedicaciones, y en la mayoría esa segunda suele ser parcial, y ahora podrán ser 3 y con un importe para cada uno de ellos de 40.000 euros.

Y así podríamos llegar escala por escala hasta esos grandes ayuntamientos y el resultado final sería que el gasto en retribuciones de cargos electos se puede multiplicar con esta reforma, cuando lo razonable hubiera sido establecer un límite, además de respetar la facultad de autoorganización de cada ayuntamiento.

Pero además, según el texto los miembros de la corporación que no tengan dedicación exclusiva percibirán asistencias por la concurrencia a los órganos colegiados en la cuantía señalada por el pleno, sin más limitación. Es decir, el pleno puede acordar las cantidades que quiera por asistir a comisiones informativas, juntas de gobierno y el propio pleno, con lo que quienes se queden sin poder cobrar van a tener otra vía, con un trato fiscal mucho más ventajoso, para no ver reducidos sus emolumentos. Y además sigue sin recogerse lo establecido reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que permite, aunque vía indemnización, la percepción de cantidades por la asistencia a órganos unipersonales y no sólo colegiados, con lo que debería haberse reflejado esto en la redacción propuesta. Por todo ello, considero que lo que realmente supondría un ahorro en los gastos corporativos sería el establecimiento de una cantidad límite total para el pago de todos los miembros electos, dejando a esa facultad de

autoorganización de la corporación, que forma parte del principio de autonomía local, la distribución efectiva de las cantidades a percibir por cada uno así como el establecimiento de cuántos cargos tendrán dedicación exclusiva y cuántos no.

Me gustaría hacer hincapié en otra cuestión importante. Para la prestación de los servicios mínimos y obligatorios por los ayuntamientos se establecerán unos costes estándar que no podrán superarse bajo fórmulas de estabilidad presupuestaria y eficiencia financiera, pero sin embargo las retribuciones de los miembros de la corporación no están sujetas a ninguna de estas medidas sino que se les aplica solamente unas escalas por habitantes. Y será difícil explicarle a los vecinos de un municipio de 5.000 ó 6.000 habitantes que hasta ahora tenían al alcalde con dedicación exclusiva y a un teniente de alcalde con dedicación parcial que a partir de esta reforma tendrán a 3 miembros de la corporación con sueldos en torno a los 40.000 euros cada uno, más un asesor, a la vez que sus servicios son absorbidos por la diputación al no poder sostenerlos según esos criterios económicos.

Por otro lado, la profesionalización de la Administración es uno de los grandes retos que tenemos delante, ya que en mi opinión existe un concepto general de poca profesionalización e independencia, muchas veces justificado por el sistema que se está utilizando desde hace ya muchos años y por parte de todos los partidos políticos para la cobertura de puestos de trabajo públicos. Por este motivo veo de capital importancia volver a la función pública, es decir, a la cobertura de plazas en base a los principios de igualdad, mérito y capacidad, por los procedimientos establecidos al efecto con lo que volveríamos a darle al personal de la administración el carácter que nunca debió cuestionarse y que supone la razón de ser del funcionariado. Porque el hecho de que se contrate personal de confianza para llevar a cabo un programa de gobierno hace pensar que, a sensu contrario el funcionario genera desconfianza en el político. Y si esto es así, entonces deberíamos cuestionarnos el motivo.

Lo cierto es que las contrataciones que se hacen de ese tipo de personal, por lo general, tienen más en cuenta la relación personal con quien les nombra, que la capacitación de las personas, cuando dentro de cualquier administración pública existen profesionales suficientemente capacitados para llevar a cabo cualquier propuesta que se les encomiende y desde la más absoluta confianza, que da, precisamente, el carácter de independencia que les otorga el status de funcionario.

El primer paso de esta profesionalización de la administración pasa por terminar con el actual sistema de contrataciones temporales que, en la práctica, acaban siendo indefinidas y con el denominador común de no haber pasado por un proceso selectivo acreditativo del mérito y capacidad, y por lo tanto con un alto grado de dependencia con quien les ha nombrado o ha facilitado ese nombramiento. Mientras que si nos ciñéramos al *status* de funcionario de todo el personal permanente de la administración garantizaríamos la profesionalidad del mismo y su puesta a disposición del órgano político, de forma que, constatada la legalidad y posibilidad de realización de las actuaciones, programas, inversiones, etc. pretendidas por quien ostenta la representación popular, puedan llevarse a cabo con total independencia.

Esto tiene efectos evidentes, como la recuperación del reconocimiento del trabajo del funcionario desde la perspectiva de su profesionalidad e independencia así como el ahorro de fondos públicos por la redimensión del número de trabajadores a las necesidades reales de la administración de que se trate, optimizando esos recursos públicos cada vez más escasos.

El Gobierno asegura que con la ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local se reduce el número del personal eventual, referido con esta denominación a los asesores, cuando en realidad desconoce cuántos hay actualmente y cuánto cobran, como le pasa con los sueldos de los miembros de las corporaciones, aunque al contrario que con estos al menos aquí establece una prohibición de incremento de los mismos con respecto a los que haya antes de la entrada en vigor de la ley.

En este tema, cae en el mismo error que en la regulación de las retribuciones de los miembros de la corporación como es limitar el personal eventual por puestos de trabajo en lugar de por una cantidad máxima a destinar a estas contrataciones. Pensemos en cualquier ayuntamiento con una población superior a 5.000 habitantes que tenga cualquier tipo de evento estival (festivales de música, teatro, danza...) para el cual cuenta con un asesor por el tiempo necesario para su organización tendría que tenerlo durante todo el año o, de tenerlo sólo durante el tiempo que lo necesite, ya no podría contar con ningún otro durante el resto del año, con lo cual previsiblemente recurrirá al nombramiento de un asesor permanente y a la contratación laboral temporal para el asesor del evento concreto, aumentando con ello el gasto público efectivo en ese ayuntamiento. Por ello la solución, al igual que las retribuciones de los municipios, sería el establecimiento de una cantidad límite y dejar nuevamente a la facultad de organización municipal la decisión de su distribución entre el personal eventual que necesite y durante el período de tiempo que lo precise, tanto sea continuado, eventual, esporádico o extraordinario. Además, en mi opinión, esa limitación económica debería incluir cualquier asesoría externa.

Igualmente, debería limitarse la contratación de este tipo de personal cuando la prestación de los servicios municipales sea asumida por la diputación, al amparo de lo dispuesto en esta reforma por cuestiones económicas, ya que en este supuesto, y según lo previsto en diversos artículos del texto de la misma, podría darse el caso de no poder prestar ningún otro servicio durante el tiempo que dure ese tutelaje provincial, que no será inferior a 5 años, con lo que sería de difícil justificación la existencia de estos asesores. Así pensemos, por ejemplo, en un ayuntamiento de cerca de 20.000 habitantes, que podría tener a 7 de sus miembros con una dedicación exclusiva de 45.000 euros cada uno, más la cuota empresarial a la Seguridad Social, y además contar con 2 asesores, lo que supondría más de medio millón de euros al año, a los que habría que sumar las asignaciones e indemnizaciones por asistencias a órganos de gobierno municipal del resto de los concejales que no tengan dedicación exclusiva, sin contar con los funcionarios y técnicos municipales perfectamente capacitados y cualificados, y todo ello para no poder prestar ningún servicio. Parece que no sería la mejor situación

para empezar a recuperar la confianza de la ciudadanía en los políticos, perdida según las últimas encuestas oficiales.

Pero, en definitiva, creo que lo que realmente habría que plantearse es la necesidad de esa cantidad de asesores y que muchas veces estas contrataciones realmente sirven para enmascarar otro tipo de prebendas distintas al asesoramiento pretendido. Y si lo que necesitan es que esos asesores sean más de tipo político, como suele ser lo habitual, tienen dos vías:

a) Incluir a esas personas en las listas electorales correspondientes, y por lo tanto desempeñar un cargo político a todos los efectos, retribuidos por ello, con lo que se ahorrarían los sueldos como asesores.

b) Que sean los partidos los que se hagan cargo de estos gastos, pues los ciudadanos pagan para recibir servicios y equipamientos y los gastos propios de quienes han elegido para llevarlos a cabo mediante el gobierno o la oposición, pero no para satisfacer gastos ajenos más propios de las formaciones políticas que del erario de una administración pública.

Cabe preguntarse para finalizar estas reflexiones cuáles son las líneas de futuro que se abren en el proceso de institucionalización de la función directiva en el sector público español y, especialmente en sede de gobierno y administración local. Y aquí cabe plantearse el problema desde los tres niveles territoriales de administración pública, sin perjuicio, insisto, de que las reflexiones principales vayan encaminadas al mundo local.

Centrándonos en el contrato de alta dirección previsto para el personal laboral, el examen jurisprudencial de la evolución del concepto de la alta dirección en el sector público y el análisis de la problemática que dicha figura puede generar a medio plazo (extinción del contrato, reclamaciones de cantidad por incorrecto abono de la indemnización, gestión de la reanudación de la relación laboral suspendida al término del contrato de alta dirección), nos obligan a considerar con cautela la formalización de contratos de esta naturaleza, para el caso del personal laboral.

Efectivamente, la alta dirección faculta a la Administración -y tal fue la aspiración del EBEP- para emplear una figura dotada de flexibilidad; dicha flexibilidad es patente a la vista del régimen del desistimiento, lo que torna a esta figura en un instrumento muy atractivo.

Ahora bien, no puede olvidarse el innegable riesgo que conlleva el empleo indiscriminado de este tipo de contrato, debiendo reservarse -en los supuestos de alta dirección en las Administraciones comprendidas en el art. 2 EBEP- para los supuestos en que concurren los requisitos para la aplicación del art. 13 EBEP (concepto formal), sin perjuicio de que se ejerzan efectivamente (concepto material) los poderes directivos ya reseñados -art. 1.2 DPAD con las matizaciones derivadas de ser el empleador una Administración Pública-. En otras palabras, con la aprobación del EBEP, el centro de gravedad para la calificación de la relación como alta dirección se desplaza del campo material (art. 1.2 DPAD) al campo formal, pero este criterio no es absoluto, de suerte

que es necesario un contenido mínimo material del puesto que se predica como directivo. Ello obliga desarrollar un triple examen:

a) analizar si las funciones a desarrollar efectivamente son directivas (pues ulteriormente en juicio será absolutamente necesaria su acreditación para advenir el carácter de alta dirección de la relación);

b) verificar -caso de que nos hallemos en el ámbito de aplicación del EBEP- que los estatutos contemplan el puesto a cubrir como "alta dirección"; y

c) redactar el contrato clarificando el régimen jurídico aplicable, y detallando objeto, causas de extinción, retribuciones, régimen indemnizatorio, ad exemplum, tarea para lo cual es recomendable el oportuno asesoramiento jurídico pormenorizado (fuera de los supuestos en que es preceptivo, como ocurre en el ámbito del sector público estatal, pues como hemos visto, se impone por el RD-ley 3/2012 el examen previo por la Abogacía del Estado u órgano de asesoramiento jurídico competente). Estas prevenciones vienen justificadas por la posibilidad de que planteada demanda por despido, previa declaración de la relación como laboral común, se produzca el indeseable efecto de obtener una Sentencia desfavorable que suponga un incremento desorbitado de la indemnización a satisfacer, que lógicamente ha de ser cuidadosamente prevenido al tener que detrarse dicho importe de las arcas públicas.

Aunque realmente, toda esta problemática no existiría, si de esta figura hiciéramos un correcto uso. Esto es, aplicando la conclusión a la que llegamos con personal eventual contratado para realizar funciones asesoramiento podemos llegar al mismo punto. ¿Es necesario acudir a la contratación laboral del personal directivo con la frecuencia que se hace? Esto es, ¿realmente agotamos los recursos humanos que tenemos dentro de las corporaciones para ocupar estos puestos? En mi opinión, cuanta más facilidad se dé para acudir a esta figura, más gasto supondrá para el erario público, puesto que se pagarán salarios que no tendrían por qué abonarse existiendo personal funcionario dentro de las entidades, perfectamente capaces de desempeñar estas tareas.

Me gustaría terminar este trabajo haciendo un llamamiento al diálogo proponiendo al gobierno que abra el debate y la discusión a todos los implicados en esta reforma, incluyendo tanto políticos como técnicos, estudiosos, profesionales, etc. y no ceñirla sólo a los dos grandes partidos y a la FEMP, de forma que se defina, con el mayor grado de consenso posible, el nuevo diseño de nuestra administración local de entre dos posibles: reformar, con la amplitud que se considere, el actual modelo o redefinirlo y homologarlo con el de nuestros socios a la vez que lo adaptamos para que responda ante los nuevos retos que ya se nos están planteando.

5.- BIBLIOGRAFÍA

- BOLTAINA BOSH, Xavier. “Los puestos de trabajo del personal laboral de las Administraciones Públicas”. *Tirant lo Blanch*. 2006
- DIEGO GÓMEZ, Alejandro de. Reflexiones sobre la reforma de la Administración Local. <http://www.theeconomyjournal.com/es/notices/2014/04/reflexiones-sobre-la-reforma-de-la-administracion-local-67134.php>. 2014.
- FAMILIAR SANCHEZ, A. “Las retribuciones de los miembros electivos de las Corporaciones Locales”. *Revista El Consultor de los Ayuntamientos* nº 22/2004.
- FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS. “Régimen retributivo de los miembros de las Corporaciones Locales”. *CIRCULAR* 01/2014.
- GARCÍA ROJAS, José Adrián. “La Administración Local en el Constitucionalismo Histórico Español “*Anales de la facultad de Derecho*. Nº 19.2002.pág. 23-40.
- ITURRIAGA URBISTONDO, Francisco Javier. “El personal eventual: Análisis jurisprudencial. Concepto y evolución histórica.” *Noticias jurídicas* <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4285-el-personal-eventual:-analisis-jurisprudencial-concepto-y-evolucion-historica-i-/>. 2007
- LAGO NÚÑEZ, Guillermo. “La tercera reforma del Régimen Local en España”. *Revista el Consultor de los Ayuntamientos*. Nº 24/2014.
- SOTO VALLE, J.I. “El estatuto de los concejales y concejalas. Los derechos económicos”. *Revista de Estudios Locales*. Nº Extra. Julio.2005.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO DEL URBANISMO LOCAL.

Javier MACIÁ HERNÁNDEZ

Secretario del Ayuntamiento de Aspe (Alicante)

*Trabajo de evaluación presentado al Curso monográfico de estudios superiores:
Responsabilidad Patrimonial de la Administración Local (III EDICIÓN). CEMCI
Granada. Marzo a abril de 2015.*

SUMARIO:

1. Introducción sobre el instituto de la responsabilidad patrimonial.
2. Responsabilidad patrimonial derivada de la actividad urbanística de las Administraciones Públicas.
 - 2.1. La regla general: inexistencia de Responsabilidad por la ordenación urbanística.
 - 2.2. Responsabilidad patrimonial por alteración del planeamiento
3. Responsabilidad por imposición de vinculaciones singulares.
4. Responsabilidad en materia de licencias.
5. Otros supuestos indemnizatorios.
 - 5.1. Responsabilidad patrimonial concurriendo lucro cesante.
 - 5.2. Indemnización de otros gastos.
6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN SOBRE EL INSTITUTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

El concepto de responsabilidad es propio de la Teoría General del Derecho, concretamente del Derecho Civil. Esencialmente la responsabilidad es la posición del sujeto al que la ley le exige la obligación de reparar las consecuencias de un hecho lesivo de un interés protegido.

Esa responsabilidad puede darse dentro de una relación contractual, cuando la obligación deriva del incumplimiento de un deber impuesto por la propia relación jurídica contractual, o extracontractual -también llamada "aquiliana"- nacida fuera de una relación contractual a causa de una acción u omisión que transgrede el mandato general de no hacer daño a otro.

La responsabilidad extracontractual entre sujetos privados se regula en nuestro Código Civil en los artículos 1.902 y siguientes, preceptos que también regulaban la

responsabilidad imputable a la Administración Pública hasta la entrada en vigor de la Ley de Expropiación Forzosa, a partir de la cual, el derecho Administrativo conoce la exigencia de responsabilidad extracontractual a la Administración y exige al Estado la indemnización por los daños y perjuicios que ocasiona la actividad de los poderes públicos en el patrimonio de los ciudadanos.

Pero a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, el tema de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública adquiere la dimensión propia de las exigencias del Estado de Derecho que la Constitución proclama: Dos son los principios que entran en juego: el principio de legalidad y el de responsabilidad, consecuencia inmediata y lógica del primero.

Como es sabido la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas se rige por el artículo 106.2 de la Constitución a cuyo tenor establece;

«Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

La Constitución garantiza, pues, el núcleo esencial del instituto jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública configurándolo en sus elementos esenciales y remite a la ley su desarrollo normativo.

El tema de la responsabilidad es, en este sentido, un pilar fundamental que, junto con el sistema contencioso administrativo, configuran al Derecho administrativo como un Derecho garantizador, que en expresión de la doctrina clásica francesa puede resumirse de la siguiente forma: que la Administración actúe, pero de acuerdo con la ley (principio de legalidad); que la Administración actúe, pero que indemnice de las consecuencias dañosas que genere su actuación.

También, parte de la doctrina fundamenta el instituto jurídico de la responsabilidad de los poderes públicos en el principio constitucional de solidaridad, en cuanto que en la responsabilidad patrimonial repercute el daño causado en toda la colectividad a través de los ingresos públicos con los que se nutre la Hacienda de los Entes Públicos, que deben hacer frente a la indemnización u obligaciones que se deriven de la responsabilidad, pues no sería justo que un solo sujeto lesionado tuviera que hacer frente a las consecuencias lesivas de los actos de los Poderes Públicos.

Sin embargo, para otro sector doctrinal, esta fundamentación puede llevar en algunos supuestos a configurar el sistema de la responsabilidad como una institución de aseguramiento colectivo frente a cualquier daño producido con ocasión de una actividad de la Administración, si bien la propia Constitución solamente obliga a indemnizar cuando el daño sea consecuencia del funcionamiento administrativo.

Una vez reseñado el marco constitucional del instituto de la responsabilidad patrimonial, podemos en este momento de la exposición hacer una brevísima referencia histórica del camino recorrido hasta llegar a los planteamientos actuales. Estos planteamientos tardaron en abrirse camino en las legislaciones posteriores a la

consagración del Estado de derecho. Incluso en la segunda mitad del siglo XIX todavía se mostraban inconciliables los conceptos de soberanía y responsabilidad, como lo expresaba LAFERRIERE diciendo que «lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación».

La incorporación a las diversas legislaciones del tema de la responsabilidad administrativa fue lenta y por diversos caminos. Mientras que en Francia fue una creación de la jurisprudencia, en Italia se hizo desde el desarrollo de la legislación civil sobre responsabilidad extracontractual y en España e Inglaterra necesitó de reglas especiales.

En España, como ya se ha dicho, se regulaba la responsabilidad de la Administración Pública por los artículos 1.902 y 1903 del Código Civil, aunque algunas leyes sectoriales establecieron normas específicas para servicios públicos concretos, como los ferrocarriles. Pero la interpretación del citado artículo 1.903 (derogado por la Ley 1/1991) suscitó una jurisprudencia muy restrictiva que exigía la presencia de «un agente especial» para que se diera responsabilidad de la Administración por culpa «in vigilando».

La Constitución de 1931 y la Ley municipal republicana admitieron ya la responsabilidad de la Administración, pero sólo subsidiaria (en la Constitución), y directa o subsidiaria en el ámbito de la legislación municipal. Hubo que esperar al año 1954 con la entrada en vigor de la Ley de Expropiación Forzosa para ver implantada en el Derecho español una responsabilidad administrativa general, directa y no subsidiaria, de carácter objetivo y no basada en la culpa, diversa de la regulada en el Código Civil.

Por tanto previa inclusión en nuestra Constitución Española, acudimos al desarrollo legal de este precepto que se encuentra contenido en el título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, estableciendo el artículo 139.1 que;

«Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos».

Asimismo, por su parte el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público —disposición que entrará en vigor el próximo 2 de octubre del 2016— dispone:

«1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.

2. *En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.*

3. *Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.*

La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores:

a) *Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4.*

b) *Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5.*

4. *Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.*

5. *Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:*

a) *La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.*

b) *El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.*

c) *Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.*

6. *La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa.*

7. *La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.*

8. *El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte*

interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad. El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia al Consejo de Estado.

9. Se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso establezca el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público»

Por su parte en el ámbito de las administraciones locales tiene incidencia la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, cuyo artículo 54 dispone;

«Las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa».

Asimismo se pronuncia el artículo 223 del Real Decreto 2568/1986, de 28 noviembre, Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales que establece que;

«Las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación, en ejercicio de sus cargos, de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa».

Sobre dichos preceptos existe una Jurisprudencia muy extensa, que ha perfilado los requisitos para la procedencia de las reclamaciones patrimoniales contra la administración. En concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección 6ª, de 17 de marzo de 2009 señala;

«La jurisprudencia viene exigiendo para que resulte viable la reclamación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar y que sea real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor (Ss. 3-10-2000, 9-11-2004, 9-5-2005)».

Precisa esta sentencia dos cuestiones muy importantes referidas al daño y a la antijuridicidad. Respecto al primero, recuerda que «la Ley 30/92, establece (artículo

139.2, y artículo 32 en aplicación de la Ley 40/2015) que el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, concretando (art. 141.1, y artículo 34 en aplicación de la Ley 40/2015) que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley», y respecto a la antijuridicidad precisa que «se viene a indicar que el carácter indemnizable del daño no se predica en razón de la licitud o ilicitud del acto causante sino de su falta de justificación conforme al ordenamiento jurídico, en cuanto no impone al perjudicado esa carga patrimonial y singular que el daño implica», añadiendo lo siguiente:

Así se ha reflejado por la jurisprudencia, señalando que la antijuridicidad, como requisito del daño indemnizable, no viene referida al aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración sino al objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es en el actuar de la Administración (S. 13-1-00, que se refiere a otras anteriores de 10-3-98, 29-10-98, 16-9-99 y 13-1-00). En el mismo sentido, la sentencia de 22 de abril de 1994, que cita las de 19 enero y 7 junio 1988, 29 mayo 1989, 8 febrero 1991 y 2 noviembre 1993, señala: "esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar (en el mismo sentido sentencias de 31-10-2000 y 30-10-2003)."

Resultan también relevante la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2008 (Sala 3ª Sec. 6ª) que recuerda que la responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio de la lesión, entendida ésta como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar.

Por tanto, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterándolo, en el nexo causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DERIVADA DE LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

El régimen de la responsabilidad patrimonial en materia urbanística no difiere sustancialmente en nuestro ordenamiento del sistema general existente en la materia; esto es, se genera la responsabilidad patrimonial en dicho ámbito en todos aquellos supuestos en los que el administrado sufre una lesión patrimonial, consecuencia directa del obrar, correcto o no, de la Administración y, así, surge la procedencia de la indemnización (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2007). Como ejemplo típico, la indemnización de daños y perjuicios por causa de anulación de licencias municipales, dado que dicha decisión administrativa ocasiona unos daños y perjuicios ciertos y determinables y en la medida que impide continuar realizando la actividad autorizada e, incluso, llegarse a la demolición de lo ya realizado.

Si bien es cierto que la responsabilidad patrimonial en el ámbito urbanístico ha sido tradicionalmente examinada con ocasión de los denominados supuestos indemnizatorios, también lo es que ello no descarta cualesquiera otros supuestos de responsabilidad generados como consecuencia de la producción de un daño o perjuicio a partir de cualquier otra actividad desarrollada por las Administraciones con ocasión de sus responsabilidades en este escenario. Constituye, por tanto, un sistema de naturaleza abierta, concurriendo en la práctica numerosos supuestos de los que deriva la responsabilidad administrativa aún cuando no se hallen expresamente subsumidos en alguno de los denominados supuestos indemnizatorios.

Así, la jurisprudencia aprecia esta responsabilidad a partir de daños generados con ocasión de la adopción de medidas de protección de la legalidad urbanística, del ejercicio de su actividad de inspección y policía urbanística, inactividad (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2002), por informaciones urbanísticas erróneas (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1999, 16 de mayo y 13 de junio de 2000, 30 de junio de 2001 o, más recientemente, de 20 de enero de 2005) o aún por desistimiento del planeamiento aprobado (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1998) e incumplimiento de los plazos previstos para completar las previsiones del planeamiento (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1995). Asimismo y en relación con las licencias urbanísticas, además de los expresamente contemplados en la Ley como supuestos indemnizatorios, los perjuicios y daños derivados de la suspensión (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2003), paralización (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1992) u obstaculización (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1999) de los efectos de una licencia.

Se trata, en definitiva, del examen en cada caso concreto de la concurrencia de los requisitos generales para apreciar un supuesto constitutivo de responsabilidad patrimonial, con el consiguiente nacimiento del derecho del particular a obtener una indemnización por los daños producidos y derivados de la actividad administrativa correspondiente.

En este contexto, resulta interesante traer a colación la doctrina contenida en la sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia

de la Comunidad Valenciana de fecha 5 de diciembre del año 2008; pues se diferencia en ésta, cuando se trata de la responsabilidad por actos jurídicos, entre los actos lícitos y los actos ilícitos. En el primer supuesto, dicha responsabilidad es clara cuando dicho acto ilícito ha producido un daño efectivo, evaluable e individualizado, si bien se requiere que dicha ilicitud haya sido declarada por los cauces correspondientes. Por otra parte, la responsabilidad por acto lícito, que sólo será viable en los casos en que exista una disposición legal que establezca en esos casos la responsabilidad.

Se afirma, en el anterior sentido, que, por mucho que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea objetiva, lo cierto es que la misma no es un seguro a todo riesgo. Esto se plasma, en el ámbito de la responsabilidad por hechos jurídicos, en la exigencia de que la relación de causalidad sea desde el punto de vista jurídico adecuada; de forma que en los casos en que el daño derive en exclusiva del hecho de tercero o de la culpa de la víctima, no hay responsabilidad patrimonial. Y en el ámbito de los actos jurídicos, lo que sucederá es que, salvo en los casos expresamente previstos por el ordenamiento, en caso de funcionamiento normal se tendrá el deber jurídico de soportar el daño (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2004 o 5 de febrero de 2008). De lo contrario, cualquier acto administrativo desfavorable, por correcto que fuera (liquidación tributaria, sanción, denegación de licencia...) daría lugar a responsabilidad patrimonial; lo que obviamente no tiene sentido alguno.

Esta tesis conduce a la idea de que sólo en los supuestos indemnizatorios expresamente contemplados en la Ley se podrá generar un derecho de resarcimiento en caso de funcionamiento normal de la Administración, pues sólo la lesión producida en dichos supuestos tendrá naturaleza resarcible (carácter antijurídico del daño). Idea que adquiere una especial trascendencia en el contexto de la actividad urbanística de las Administraciones públicas, donde la potestad administrativa de planeamiento se extiende a la posibilidad plena de reforma o alteración de los planes, y lo hace a partir de la propia naturaleza reglamentaria de éstos, por una parte, y de la necesidad de adaptarlos a las exigencias cambiantes de la realidad. Y, en relación con la propia función social inserta en el derecho de propiedad urbanística (artículo 33.2 de la Constitución), que como regla general lleva a la consideración relativa a que la delimitación de su contenido a través de la ordenación territorial o urbanística no genera derecho a percibir indemnización alguna (artículos 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y 49.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía).

Véase, como se dice, la importancia de estas consideraciones, que en este concreto contexto obligan además a diferenciar los supuestos de responsabilidad patrimonial frente a otras situaciones diferentes pero que, sin embargo, ofrecen una apariencia que pudiere inducir a confusión; se trata de la privación o afectación de derechos a partir del ejercicio de la potestad expropiatoria y, por otra parte, de los supuestos de delimitación por función social de la propiedad.

La doctrina ha destacado la especial dificultad que existe a la hora de delimitar estas diferentes situaciones; así y en cuanto a la diferencia entre expropiación y delimitación por función social, la doctrina constitucional ha puesto de manifiesto, sin

perjuicio del carácter singular en general de la primera –salvo la legislativa-, el punto de inflexión que comporta la afectación del contenido esencial del derecho de propiedad. Esto es, estamos ante un supuesto expropiatorio cuando la intervención o afectación del derecho incide en el contenido esencial del mismo o llega a anular la utilidad meramente individual del derecho. Las consecuencias de esta distinción son fundamentales pues revierten al reconocimiento de un derecho de indemnización en beneficio de los afectados. Así, la delimitación del contenido del indicado derecho a través de la ordenación territorial o urbanística no genera indemnización alguna, en la medida que se limita a definir los contornos normales del derecho de propiedad, de conformidad con las previsiones recogidas en el artículo 33 de la Constitución y la Ley (Sentencia del Tribunal Constitucional 170/1989, entre otras muchas).

En lo relativo a la responsabilidad patrimonial, señala la doctrina que el centro de esta controversia radica en responder a la pregunta de hasta dónde está obligado el propietario a soportar sin indemnización la delimitación de sus derechos de propiedad. Se apunta a la antijuridicidad del daño o perjuicio padecido como clave de bóveda de la citada problemática: cuando la medida es desproporcionada, dado que no existe el deber jurídico por el administrado de soportar dicho perjuicio o la extensión con que se produce, se genera el supuesto determinante del reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración con la correspondiente indemnización. Así, a título ilustrativo, se trae a colación la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de septiembre del año 1982, asunto Sporrang y Lönnroth contra Suecia, en la que se destaca la falta de proporcionalidad de la carga soportada por los afectados a partir de la prohibición de construir que les es impuesta durante un periodo muy extenso de tiempo; la sentencia destaca el carácter antijurídico del daño generado a partir de la anterior intervención, pero lo hace precisamente en función de la imposibilidad impuesta a los afectados de reducir los plazos de intervención o de exigir una indemnización.

Esto es, se reconoce el derecho a indemnización porque la medida de intervención es desproporcionada, como consecuencia de su excesiva duración; por ello, de haberse establecido por un plazo razonable, aún sin indemnización, la medida sería proporcionada y no generaría derecho a compensación de tipo alguna. Se pone de manifiesto, de este modo y al margen de las peculiaridades propias de los diferentes regímenes nacionales de responsabilidad patrimonial, que la identificación de la naturaleza jurídica de la intervención que en cada caso se produzca por parte de los poderes públicos y el reconocimiento del correspondiente derecho de indemnización puede hacerse depender de circunstancias accesorias -tales como el plazo de duración de la intervención- que denoten la ausencia de un título que imponga a los administrados el deber de soportar los efectos derivados de tal intervención.

La consecuencia de esta distinción es fundamental, como se decía, pues en los supuestos de delimitación del derecho por su función social los eventuales daños que derivaren de esta forma de actuación administrativa no serían susceptibles de resarcimiento, dado que el propietario tendría el deber jurídico de soportarlos. Será, por tanto, esta especialidad la que determinará el sentido de la responsabilidad patrimonial en el ámbito de la actuación urbanística de las Administraciones y su adecuado análisis;

por una parte, el profuso casuismo que inspira esta materia, también en materia urbanística, y que en definitiva remite al resultado de la prueba que en cada caso se practique; por otra, dada la especial trascendencia de la descrita singularidad de los supuestos indemnizatorios, que extienden la responsabilidad de la Administración en materia urbanística al resarcimiento de los daños y perjuicios causados en el marco de actuaciones plenamente normales y legítimas de las Administraciones públicas.

2.1. La regla general: inexistencia de Responsabilidad por la ordenación urbanística.

El artículo 4, apartado 1 del Real Decreto Legislativo 7/2015 de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana establece que;

“1. La ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste. Esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes.”

Como conocemos, la responsabilidad patrimonial se puede derivar bien de hechos jurídicos, esto es, por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o bien de actos jurídicos, sobre los actos jurídicos nos remitimos al didáctico resumen de la doctrina expuesto en la Sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 5 de diciembre del año 2008; en esta sentencia se diferencia con respecto a la responsabilidad por actos jurídicos, entre los actos lícitos y los actos ilícitos. Así, indica el Fundamento Jurídico 5º que:

“(…) cuando se trata de la responsabilidad por actos jurídicos, hay que diferenciar entre los actos lícitos y los actos ilícitos. La responsabilidad por acto ilícito es clara cuando dicho acto ilícito ha producido un daño efectivo, evaluable e individualizado (...) pero lógicamente se requiere que se haya declarado la ilicitud del acto por los cauces adecuados. En cambio, la responsabilidad por acto lícito normalmente sólo será viable en los casos en que exista una disposición legal que establezca en esos casos la responsabilidad; y aun así hay que considerar que dichos casos de responsabilidad por acto lícito serán, en su mayoría de veces, supuestos expropiatorios. Y es que la diferencia entre el instituto de la responsabilidad por daños patrimoniales y el de la expropiación, desde el punto de vista sustantivo, estriba precisamente en que en la expropiación el resultado de privación o limitación del bien o derecho patrimonial es el buscado por la actuación expropiatoria; cosa que no sucede en el campo de la responsabilidad”.

Se refiere la Sentencia con los actos lícitos de la Administración a los supuestos de hecho indemnizatorios previstos en el artículo 35 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo, hoy Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto

refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. La diferencia existente entre estos supuestos indemnizatorios y el resto de los casos de responsabilidad patrimonial en materia urbanística radica en que sólo en los primeros se generará derecho de resarcimiento en caso de funcionamiento normal de la Administración, pues sólo en dichos supuestos la lesión producida tendrá naturaleza resarcible (carácter antijurídico del daño).

Dentro de los actos lícitos de la Administración pueden referirse, bien al retraso improcedente de concesión de licencias, bien a las vinculaciones singulares sobre la propiedad, respecto a las cuáles, a título ilustrativo, se trae a colación la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de septiembre del año 1982, asunto Sporrang y Lönnroth contra Suecia, en la que se destaca la falta de proporcionalidad de la carga soportada por los afectados a partir de la prohibición de construir que les es impuesta durante un periodo muy extenso de tiempo; la Sentencia destaca el carácter antijurídico del daño generado a partir de la anterior intervención porque la medida es desproporcionada, como consecuencia de su excesiva duración; por ello, de haberse establecido por un plazo razonable, aun sin indemnización, la medida sería proporcionada y no generaría derecho a compensación de tipo alguna.

2.2. Responsabilidad patrimonial por alteración del planeamiento.

2.2.1 “El ius variandi” de la administración.

Con carácter general el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana no establece a diferencia de cómo lo realizaba el artículo 45 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana que establecía expresamente que los Planes de Ordenación General y los Proyectos de Urbanización se aprobaban para mantener –en principio- una vigencia indefinida, no obstante ello, nada impide la revisión de los Planes Generales puesto que tanto el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, como las demás normas urbanísticas de aplicación lo establecen; o bien establecen la modificación de cualquiera de los elementos de los planes, programas, proyectos, normas y ordenanzas. Y de hecho la jurisprudencia ha insistido en la legalidad del “ius variandi” porque los instrumentos de planeamiento son instrumentos dinámicos que, con cierta frecuencia, nada obsta a que puedan –y deban ser actualizados-, entre otras, es de interés la Sentencia del Tribunal Supremos de fecha 7 de febrero de de 1985 de forma establece que “el principio de vigencia indefinida de los Planes de Ordenación Urbana no puede entenderse en un sentido estático ni impide su revisión o modificación cuando nuevos criterios o nuevas necesidades urbanísticas hagan necesaria la actualización del Plan” véase Sentencia del Tribunal Supremos de 9 de marzo de 1985, así como también la Sentencia de 24 de febrero de 1987 que dispone que;

“(…) cuando nuevos criterios de ordenación o nuevas necesidades urbanísticas hagan oportuna y adecuada la actualización del planeamiento anterior mediante su revisión o modificación, según reiteradas Sentencias del Tribunal Supremo, entre ellas

la de 4 de mayo de 1982 de la Sala 4 .ª, siendo de destacar la revisibilidad y modificabilidad de los Planes inciden siempre sobre planeamientos precedentes en ejecución e incluso agotados, habida cuenta que están dotados del principio de ejecutividad, pero ello no es óbice para que, como norma de ordenación urbana que son puedan ser revisadas o modificadas a través de las técnicas reformadoras establecidas, sin perjuicio del tope o límite que puedan encontrarse a las potestades revisoras en relación con situaciones de particulares amparadas en planes anteriores(...)”.

Y es que la propiedad urbana es una propiedad estatutaria sujeta, en cada momento, a la clasificación y calificación del planeamiento vigente, así lo expresa la Sentencia de 25 de enero de 1983;

“Que de nada sirve invocar otras reglas, como la seguridad jurídica, o la de los derechos adquiridos, puesto que la propiedad urbana viene conformada por el ordenamiento jurídico, del que los planes válidamente aprobados forman parte, y esta propiedad, calificada jurisprudencialmente como estatutaria, será lo que ese bloque de legalidad determine (...)”

Ahora bien, si los derechos adquiridos no son obstáculo al ejercicio del “ius variandi”, ello no quiere decir que la Administración no deba indemnizar los daños y perjuicios que el propietario experimente a consecuencia de las alteraciones de los instrumentos de planeamiento.

2.2.2. Responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios generados por alteración de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización, o de las condiciones de participación de los propietarios en ella, por cambio de la ordenación territorial o urbanística o del acto o negocio de la adjudicación de dicha actividad, siempre que se produzca antes de transcurrir los plazos previstos para su desarrollo o, transcurridos éstos, si la ejecución no se hubiere llevado a efecto por causas imputables a la Administración.

Ya se ha expuesto que la potestad administrativa de planeamiento se extiende a la posibilidad de su reforma; que, por otra parte, no debe dar lugar a indemnización. Sólo procederá, por tanto, el reconocimiento de este derecho cuando se acredite la existencia de una concreta lesión patrimonial en los bienes y derechos.

A los efectos de explicar este proceso, resulta altamente ilustrativa una sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 12 de mayo de 1987. Se afirma en esta resolución que el punto de partida se halla en el contenido del dominio en el suelo no urbanizable -aprovechamiento exclusivamente agrícola, ganadero o forestal-. En estos casos, no se reconoce indemnización alguna, a partir de su estado o naturaleza originaria,

En cambio, en el suelo urbano y en el urbanizable se incorporan al derecho de propiedad contenidos urbanísticos artificiales que no están en la naturaleza y que son producto de la ordenación urbanística. Reconoce el Tribunal Supremo que no sería justo el reconocimiento de estos contenidos artificiales de modo gratuito, imponiéndose correlativamente una serie de deberes, cuyo cumplimiento exige un cierto lapso temporal dada la complejidad de su ejecución. Pues bien, sólo cuando tales deberes han

sido cumplidos puede decirse que el propietario ha ganado los contenidos artificiales que se añaden a su derecho inicial. Se constata, de este modo, la plena conexión causal que existe entre los deberes y los aprovechamientos urbanísticos; sólo el cumplimiento de aquéllos confiere derecho a éstos. Afirma el Tribunal Supremo que sólo cuando se ha llegado a la efectiva realización de los derechos previstos en el planeamiento, genera su modificación una lesión de un derecho que ya ha sido adquirido, generándose el derecho de indemnización en función del grado de aceptación de aquéllos derechos efectivamente patrimonializados (en este sentido, sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1995, 5 de enero de 1990, 25 de febrero, 30 de julio y 24 de noviembre de 1992, 26 de enero, 6 y 14 de abril, 25 de mayo, 21 de junio y 28 de septiembre de 1993, 7 de diciembre de 1994 y 10 de abril de 1995).

De este modo, se sistematizan en dos los requisitos exigidos para la procedencia de la indemnización: a) Que una ordenación urbanística ocasione una restricción del aprovechamiento urbanístico, y b) Que resulte imposible compensarla a través de las técnicas de distribución de beneficios y cargas del planeamiento.

Con el fin de ilustrar estos supuestos de responsabilidad de modo práctico, resulta interesante traer a colación una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 9 de octubre del año 2008, en la que se resuelve el recurso formulado frente al acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma por el que se aprueba definitivamente la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de la ciudad. En lo que hace a dicho procedimiento, el contenido de esta modificación afectaba al ámbito de la unidad de actuación relativa a la ciudad aeroportuaria y parque Valdebebas. Entre los motivos en que se amparaba la impugnación formulada, se invocaba la responsabilidad patrimonial de las Administraciones demandadas por haber reducido la edificabilidad de dicho ámbito.

En lo que ahora interesa, esto es, la reducción de la edificabilidad en el ámbito y la exigencia de responsabilidad patrimonial deducida frente a las Administraciones por esta pérdida, alegaban los recurrentes que se había producido una alteración ilegal como consecuencia del convenio celebrado por las Administraciones local y autonómica con el Real Madrid, club de Fútbol, que perjudicaba a los propietarios de la zona, llamando la atención sobre la circunstancia de que el Plan General para todas las áreas de reparto en suelos urbanizables programados de los tres cuatrienios previstos en el Plan mientras que la edificabilidad ahora permitida es de 0.321. La sentencia rechaza este argumento y niega que el Plan General estableciera un aprovechamiento medio para el área en cuestión; así, se pone de manifiesto que el aprovechamiento medio asignado por el planeamiento únicamente resultaba aplicable a las áreas de reparto del urbanizable programado, pero no al urbanizable no programado, como era el caso. Lleva este razonamiento a que el Tribunal descarte la concurrencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial, afirmando en este sentido que además de que la facultad de modificación de la ordenación de terrenos y construcciones no da derecho, en principio, a indemnización patrimonial, sólo procederá cuando se acredite la existencia de una concreta lesión patrimonial en los bienes y derechos de quien la reclame, lo que en este supuesto y con arreglo a lo expuesto no se habría producido.

Otra sentencia que resulta ilustrativa al respecto es la que dicta la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo con fecha de 30 de julio de 2008 (Ponente: Fernández Valverde, Rafael), en la que se analiza un pretensión indemnizatoria ante la modificación en suelo rústico forestal de un suelo inicialmente clasificado como urbanizable programado, con fundamento en la privación de los usos con que se contaba y que por la modificación habían desaparecido. Premisa que por sí sola devendría insuficiente para apreciar dicha responsabilidad, dado que en este supuesto constaba un retraso por parte del actor en el cumplimiento de sus deberes urbanísticos a partir del plan parcial aplicable.

3. RESPONSABILIDAD POR IMPOSICIÓN DE VINCULACIONES SINGULARES.

El artículo 48 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana establece;

“Dan lugar en todo caso a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de los siguientes supuestos;

(...) b) Las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa (...)”

Las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa.

Constituyen igualmente los supuestos de limitaciones o vinculaciones singulares una excepción a la tesis acerca de la función social inserta en el derecho de propiedad urbanística (artículo 33.2 de la Constitución Española), que como regla general lleva a la consideración relativa a que la delimitación de su contenido a través de la ordenación territorial o urbanística no genera derecho a percibir indemnización alguna (actual Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana).

De este modo, una determinación contenida en el planeamiento que limita o vincula únicamente de modo singular y que, por tanto, no puede ser objeto de equitativa distribución entre los demás propietarios de la zona o polígono, y prive al propietario de una parte del contenido normal de su derecho de propiedad, resulta necesariamente indemnizable, en la medida que dicho propietario no tiene el deber jurídico de soportar exclusivamente dicha carga. Cuando la determinación (vinculación o limitación) sea de carácter general, es decir, no tenga un ámbito limitado o determinado, no cabrá en ningún caso la aplicación del presente supuesto indemnizatorio.

El otro supuesto que se contempla es el que incide en el reconocimiento del derecho de indemnización de los propietarios a los que se les impongan vinculaciones o limitaciones singulares que conlleven una restricción de la edificabilidad o del uso al

que tengan derecho, generándose con ello un perjuicio que, por otra parte, no puede quedar compensado en forma alguna.

Como ejemplo de las vinculaciones singulares derivadas de la reducción del aprovechamiento, resulta interesante la reciente sentencia de la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 24 de septiembre de 2008 (Ponente: Fernández Valverde, Rafael). Que versa sobre la conformidad a derecho de la aprobación definitiva de la Revisión del Plan General de Ordenación de Begues y la pretensión de responsabilidad patrimonial formulada frente a la Administración por los perjuicios causados en la finca de la recurrente a consecuencia de la revisión de planeamiento. Funda, de este modo, la actora su pretensión, y así se acepta en la sentencia de instancia, pues la finca de aquélla fue clasificada bajo la clave correspondiente a equipamientos privados de carácter educativo-cultural, si bien con anterioridad a la revisión la finca estaba clasificada como residencial, lo que implicaba una reducción del aprovechamiento. Considera la recurrente, al amparo de esta modificación, que el plan impone una limitación singular. Interpretación que es asumida por el Tribunal Supremo que efectivamente afirma que, en el presente supuesto, concurre una clara vinculación singular del planeamiento. Así, se dice que la finca contaba en el planeamiento anterior con una calificación de uso residencial y deportivo y que sin embargo la revisión que se aprueba y que es objeto del recurso reduce el uso de la finca al exclusivamente uso de equipamientos deportivos con eliminación del anterior. Y, ello a pesar de que consta probado que todos los solares del entorno continuaban con la calificación urbanística inicial, siendo, además, esta la calificación para el solar contiguo a la finca de autos.

Se excluye en la sentencia que nos hallemos ante un supuesto indemnizatorio derivado de la alteración del planeamiento, pues exige este supuesto, a tenor del precepto aplicable, que se haya producido una alteración de las condiciones de la ejecución de la urbanización o de las condiciones de participación de los propietarios en ella, por cambio de la ordenación territorial o urbanística o del acto o negocio de la adjudicación de dicha actividad; circunstancia que en el presente supuesto no acaece. Sin embargo, sí entiende el Tribunal Supremo que concurren los requisitos precisos para apreciar la responsabilidad patrimonial por vinculación o limitación singular, pues:

«por una parte, la finca del actor sufre una restricción del aprovechamiento urbanístico con el que contaba, a partir de la supresión del mencionado uso residencial; la supresión de este uso genera un supuesto de vinculación singular como consecuencia de la disminución de su edificabilidad, lo que a su vez implica un beneficio para el resto de usuarios que pueden utilizar las instalaciones actualmente existentes y las que puedan establecerse en el futuro, sin perjuicio de la titularidad privada de sus respectivas fincas; y, por último, la equidistribución de la carga entre el resto de las parcelas deviene imposible, por lo que la desigualdad producida por la revisión del planeamiento, en relación con el entorno, y su imposibilidad de compensación, exige la búsqueda de otro mecanismo reparador de la situación producida, a través del reconocimiento a favor del reclamante de un derecho de resarcimiento».

4. RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE LICENCIAS.

Aparecerían éstos encuadrados en las letras c) y d) del citado artículo 48 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Esto es y por una parte, la modificación o extinción de la eficacia de las licencias, determinadas por el cambio sobrevenido de la ordenación territorial o urbanística; por otra, la anulación de aquéllas, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente.

4.1. El primer de los supuestos que estudiamos es la anulación de una licencia ocasiona a su titular unos daños y perjuicios ciertos y determinables, porque, en todo caso, supone la imposibilidad de continuar realizando la actividad autorizada e incluso puede llegarse a la demolición de lo realizado (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2007). Resultan de especial ilustración, a los efectos de identificar los requisitos precisos para la apreciación de uno de estos supuestos de responsabilidad patrimonial, las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas respectivas de 27 de mayo de 2008 y de 9 de abril de 2007, ambas de la Sección Sexta de la Sala Tercera. Así, reconoce el alto Tribunal que nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de licencias, incorporando la jurisprudencia de la Sala sobre la materia y que, entre otras, se recoge precisamente en la otra sentencia que se mencionaba, la del 9 de abril del año 2007, con referencia a su vez a otra anterior de 20 de enero del año 2005. Se traduce esta doctrina interpretativa en que la indemnización de daños y perjuicios por causas de anulación de licencias municipales (de obra, edificación, etc.) es el correlativo lógico de toda revocación de licencias por tal causa, forma de responsabilidad de la Administración que se rige conforme al régimen jurídico general, por ser indudable que la anulación de una licencia ocasiona a su titular unos daños y perjuicios ciertos y determinables, porque, en todo caso, supone la imposibilidad de continuar realizando la actividad autorizada e incluso puede llegarse a la demolición de lo realizado. Son dos, por tanto, los presupuestos de los que parte el Tribunal Supremo para apreciar la concurrencia del supuesto constitutivo de responsabilidad patrimonial y los identifica a partir de los perjuicios o daños que efectivamente pudiera generarse como consecuencia de esta actividad administrativa (la anulación de la licencia previamente otorgada): por una parte, los daños ocasionados al titular de la licencia por su anulación; y, por otra, los derivados de la imposibilidad de continuar realizando la actividad previamente autorizada, incluyendo la demolición de lo ya realizado.

4.2. El segundo de los supuestos es la demora injustificada, en el que se pudiere entender que la regla del silencio positivo excluiría la responsabilidad administrativa por daños, pues el interesado podría entender otorgada de modo presunto su solicitud e iniciar la obra correspondiente; no responde a la realidad de la práctica la anterior conclusión, pues no puede desconocerse la especial inseguridad que genera con proyección en este ámbito la práctica administrativa y jurisdiccional, y sin perjuicio de la previsión relativa a la imposible adquisición por el ordenamiento de facultades o derecho por quienes carecen de los requisitos precisos para su ejercicio (artículo 62.1.f. de la Ley 30/1992, así como artículo 47 en aplicación de la Ley 40/2015) o la imposible

adquisición por silencio administrativo de facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística (artículo 11, apartado 3 Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana). Es éste precisamente uno de los elementos que ha llevado a la consideración de que la demora injustificada en el otorgamiento de la licencia es el supuesto más problemático en cuanto a la producción de daños ("Licencias urbanísticas y responsabilidad extracontractual", AVELINO BLASCO).

4.3. En los casos de denegación improcedente, el afectado deberá acreditar la producción de daños y perjuicios efectivos, para lo cual debe demostrar que tenía derecho al otorgamiento de la licencia urbanística, exigiendo el Tribunal Supremo la denominada flagrante desatención normativa.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 19 de septiembre de 2008 (Ponente: Robles Fernández, Margarita), acerca de una de una reclamación de responsabilidad patrimonial que se había formulado por los perjuicios causados por la clausura y cese de la actividad de explotación y aprovechamiento de unos yacimientos de arcillas, así como por la denegación de la licencia municipal y que resulta finalmente rechazada sobre la base relativa a que la actividad de la administración fue en todo momento ajustada al ordenamiento jurídico desde la inicial constatación de la actividad realizada sin licencia por parte del reclamante. O, la sentencia de la Sección Quinta de la misma Sala del Tribunal Supremo, de fecha del 27 de marzo del año 2003 (Ponente: Yagüe Gil, Pedro José); en la que se resuelve un asunto relacionado con la denegación por parte del Ayuntamiento de Tudela, de una licencia de obras para la instalación de una unidad de suministro, amparándose dicha decisión en la circunstancia relativa a que había sido denegada previamente por la Comunidad Foral la autorización para esa instalación, por estar la parcela afectada por el anteproyecto de duplicación de la Variante de Tudela. Se confirma, en este caso, la responsabilidad concurrente y solidaria de ambas administraciones y, especialmente, de la Administración municipal que con su decisión de denegar la licencia concurrió a la producción de los daños.

4.4. Por último, el supuesto indemnizatorio consistente en que los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades otorgados se vean modificados o extinguidos por la alteración de la ordenación territorial y urbanística posterior; patente exhibición de responsabilidad objetiva a través del que se supera la tradicional – o, al menos, hasta la regulación contenida en el Real Decreto Legislativo 1/1992–, restricción de este ámbito de la responsabilidad administrativa que, en lo relativo a las licencias, únicamente alcanzaba los casos en que la Administración vulneraba en alguna forma la legalidad urbanística –otorgamiento de licencias ilegales, denegación improcedente o demora injustificada. Más acorde, en definitiva, con el sistema general de responsabilidad patrimonial que resulta del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (así como el artículo 32 en aplicación 40/2015); es decir, un ámbito de responsabilidad que puede generarse tanto en el ámbito del funcionamiento normal como anormal del servicio público y, por tanto, con independencia de toda culpa. Sólo los supuestos contemplados en la letra d) del

mencionado artículo 35 de la Ley de Suelo encontrarían, de este modo, justificación en el actuar culpable de la Administración.

5. OTROS SUPUESTOS INDEMNIZATORIOS.

5.1. Responsabilidad patrimonial concurriendo lucro cesante.

En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 5 de diciembre de 2008 que acota los límites de este concepto, diferenciándolo del daño hipotético o de las meras expectativas no indemnizables, definidas *"como ganancias meramente posibles, pero inseguras, dudosas o contingentes, por estar desprovistas de certidumbre y carecer de prueba rigurosa, no es admisible su cómputo para fijar la indemnización reclamada"*.

5.2. Indemnización de otros gastos.

Por un lado el artículo 38 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana hace referencia a la indemnización de la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización estableciendo que;

"1. Procederá valorar la facultad de participar en la ejecución de una actuación de nueva urbanización cuando concurran los siguientes requisitos:

a) Que los terrenos hayan sido incluidos en la delimitación del ámbito de la actuación y se den los requisitos exigidos para iniciarla o para expropiar el suelo correspondiente, de conformidad con la legislación en la materia.

b) Que la disposición, el acto o el hecho que motiva la valoración impida el ejercicio de dicha facultad o altere las condiciones de su ejercicio modificando los usos del suelo o reduciendo su edificabilidad.

c) Que la disposición, el acto o el hecho a que se refiere la letra anterior surtan efectos antes del inicio de la actuación y del vencimiento de los plazos establecidos para dicho ejercicio, o después si la ejecución no se hubiera llevado a cabo por causas imputables a la Administración.

d) Que la valoración no traiga causa del incumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de la facultad.

2. La indemnización por impedir el ejercicio de la facultad de participar en la actuación o alterar sus condiciones será el resultado de aplicar el mismo porcentaje que determine la legislación sobre ordenación territorial y urbanística para la participación de la comunidad en las plusvalías de conformidad con lo previsto en la letra b) del apartado primero del artículo 18 de esta Ley:

a) A la diferencia entre el valor del suelo en su situación de origen y el valor que le correspondería si estuviera terminada la actuación, cuando se impida el ejercicio de esta facultad.

b) A la merma provocada en el valor que correspondería al suelo si estuviera terminada la actuación, cuando se alteren las condiciones de ejercicio de la facultad.”

Por su parte el artículo 39 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana se refiere a la indemnización de la iniciativa y la promoción de actuaciones de urbanización o de edificación preceptuando que;

“1. Cuando devengan inútiles para quien haya incurrido en ellos por efecto de la disposición, del acto o del hecho que motive la valoración, los siguientes gastos y costes se tasarán por su importe incrementado por la tasa libre de riesgo y la prima de riesgo:

a) Aquellos en que se haya incurrido para la elaboración del proyecto o proyectos técnicos de los instrumentos de ordenación y ejecución que, conforme a la legislación de la ordenación territorial y urbanística, sean necesarios para legitimar una actuación de urbanización, de edificación, o de conservación o rehabilitación de la edificación.

b) Los de las obras acometidas y los de financiación, gestión y promoción precisos para la ejecución de la actuación.

c) Las indemnizaciones pagadas.

2. Una vez iniciadas, las actuaciones de urbanización se valorarán en la forma prevista en el apartado anterior o en proporción al grado alcanzado en su ejecución, lo que sea superior, siempre que dicha ejecución se desarrolle de conformidad con los instrumentos que la legitimen y no se hayan incumplido los plazos en ellos establecidos. Para ello, al grado de ejecución se le asignará un valor entre 0 y 1, que se multiplicará:

a) Por la diferencia entre el valor del suelo en su situación de origen y el valor que le correspondería si estuviera terminada la actuación, cuando la disposición, el acto o hecho que motiva la valoración impida su terminación.

b) Por la merma provocada en el valor que correspondería al suelo si estuviera terminada la actuación, cuando sólo se alteren las condiciones de su ejecución, sin impedir su terminación.

La indemnización obtenida por el método establecido en este apartado nunca será inferior a la establecida en el artículo anterior y se distribuirá proporcionalmente entre los adjudicatarios de parcelas resultantes de la actuación.

3. Cuando el promotor de la actuación no sea retribuido mediante adjudicación de parcelas resultantes, su indemnización se descontará de la de los propietarios y se calculará aplicando la tasa libre de riesgo y la prima de riesgo a la parte dejada de percibir de la retribución que tuviere establecida.

4. Los propietarios del suelo que no estuviesen al día en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, serán indemnizados por los gastos y costes a que se refiere el apartado 1, que se tasarán en el importe efectivamente incurrido.”

A colación de ambos preceptos resulta necesario exponer la espléndida Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de octubre de 2004 que indica;

“La sentencia de 12 de mayo de 1987 (RJ 1987, 5255) declara que el mecanismo indemnizatorio del artículo 87 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (1976) conlleva que si, confiando en la subsistencia durante un cierto plazo de una determinada ordenación urbanística, se han hecho inversiones y gastos habrá lugar al derecho de la indemnización previsto en el artículo 87 de la citada Ley. El plazo señalado en el artículo 87.2 de la misma opera dando seguridad al mercado inmobiliario y a las actividades de ejecución del planeamiento realizadas vigente el plan, puesto que aunque se modifique éste no provocarán pérdidas para el inversor. Como dice la sentencia de 15 de noviembre de 1993, la ejecución del planeamiento reclama una importante participación de los ciudadanos –artículo 4.2 de la Ley del Suelo de 1976 y, con matices, artículo 4.4 del Texto Refundido de 26 de junio de 1992–, pero esta participación, que exige importantes gastos, sólo podrá producirse cuando esté garantizada la permanencia del planeamiento durante un cierto lapso de tiempo, como se derivaba claramente de la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975 (RCL 1975, 918) , que fundamentaba este régimen indemnizatorio en la seguridad del tráfico jurídico, de manera que la participación de los interesados en la ejecución del planeamiento les otorga la condición de colaboradores de la Administración, pues cumpliendo las exigencias de la función social de la propiedad cooperan en la realización de los fines de interés público a que tiende el planeamiento, y la colaboración con el poder público está sujeta de modo más estricto, si cabe, a las exigencias de la buena fe. Más concretamente, y en lo que ahora importa, la jurisprudencia ha declarado la indemnizabilidad de los gastos hechos para la preparación y aprobación de los instrumentos urbanísticos adecuados para el desarrollo y ejecución de la ordenación vigente (sentencia de 17 de junio de 1989 [RJ 1989, 4732]). No es difícil trasponer los principios y las consideraciones en que se apoya esta jurisprudencia a las concepciones más recientes ligadas a la responsabilidad por acto legislativo del Estado o, como en el presente caso acaece, de las Comunidades Autónomas integradas en él y dotadas de capacidad legislativa, habida cuenta de que los principios de buena fe y de confianza legítima son también aplicables, cuando la situación de confianza ha sido generada por la Administración, frente a las innovaciones legislativas que sacrifican el expresado principio en aras de los intereses generales de la comunidad”.

5.3. Otro supuesto indemnizatorio por actuaciones urbanísticas es el de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de febrero de 1999 donde se examina la pasividad de un Ayuntamiento ante ruina de inmueble, y expone la sentencia;

“Es cierto que esta Sala tiene declarado (vgr., Sentencias de 6 de octubre de 1998 [RJ 1998\7813] y 13 de octubre de 1998 [RJ 1998\7822]) que, aun cuando la jurisprudencia ha venido refiriéndose de modo general a un carácter directo, inmediato y exclusivo para particularizar el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión que debe concurrir para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no queda excluido que la expresada

relación causal -especialmente en los supuestos de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos- pueda aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, circunstancia que puede dar lugar o no a una moderación de la responsabilidad (Sentencias de 8 de enero de 1967, 27 de mayo de 1984, 11 de abril de 1986 [RJ 1986\2633], 22 de julio de 1988 [RJ 1988\6095], 25 de enero de 1997 y 26 de abril de 1997 [RJ 1997\266 y RJ 1997\4307], entre otras) y que entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél (Sentencia de 25 de enero de 1997), por lo que no son admisibles, en consecuencia, concepciones restrictivas que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (Sentencia de 5 de junio de 1997. (...))Aplicando la anterior doctrina a los hechos que la Sala de instancia, en el ejercicio de su facultad exclusiva de valoración del material fáctico aportado, considera probados, se advierte que no se ha acreditado que la conducta de la Administración haya operado como factor verdaderamente indispensable, idóneo o relevante por su importancia y carácter determinante, en atención a las circunstancias concurrentes, de la ruina del edificio. En efecto, la sentencia impugnada pone de manifiesto que los recurrentes no han promovido actividad probatoria alguna específica encaminada a probar la relación de causalidad cuestionada, sino que la han deducido por una inflexión lógica partiendo de la existencia de una primera resolución por la que se ordenaba realizar obras de conservación y de una segunda, dictada años después, por la que se declaraba la ruina del edificio sin que aquellas obras se hubieran realizado. Sin embargo, esta Sala tiene reiteradamente declarado que el expediente de ruina tiene por objeto constatar una situación de hecho con independencia de la causa o motivos que pudieran haberla originado (Sentencias, entre otras, de 3 de octubre de 1989 [RJ 1989\7567] y 20 de marzo de 1986 [RJ 1986\1841]), lo que impide que pueda analizarse la conducta del propietario en relación con su deber de conservación del inmueble de que se trate (Sentencia de 22 de noviembre de 1989 [RJ 1989\8351]). Se infiere de esta doctrina que la declaración de ruina es por sí insuficiente para acreditar las causas que la han producido, y particularmente para calibrar si se trata de causas objetivas o ligadas al incumplimiento de obligaciones por parte del propietario o de la Administración, de tal suerte que no puede excluirse, como dice la sentencia recurrida, la concurrencia de unas o de otras si no se ha acreditado la causa del deterioro irreversible del inmueble. Los recurrentes suponen que la ruina producida tras resoluciones administrativas que ordenaban realizar obras de conservación no llevadas a cabo por el propietario sin que la Administración procediera a su ejecución subsidiaria no puede explicarse causalmente sino en relación con la pasividad de esta última. No obstante, tampoco desde esta perspectiva las alegaciones de los recurrentes son dignas de consideración, pues esta simple sucesión de acontecimientos no demuestra que la no ejecución subsidiaria por la Administración tuviera la relevancia causal que la jurisprudencia exige, en relación con otros posibles acontecimientos o concausas objetivas o subjetivas que pudieran tener mayor relevancia, entre las que figura el incumplimiento del deber del propietario de conservar el inmueble. Como dice la Sentencia de 5 de

enero de 1990, reiteradamente invocada en el proceso por la parte demandada, ciertamente los preceptos citados como infringidos imponen a los ayuntamientos como función de policía urbana para velar por la seguridad de personas y cosas el obligar a los propietarios de edificaciones a la realización de las obras necesarias para que conserven sus condiciones de seguridad, mas también son concluyentes en asignar a los propietarios el deber de mantener los edificios en las debidas condiciones de seguridad. Se contraponen, así, dos distintos deberes, el de vigilancia y prevención, a cargo de los Ayuntamientos, y el de conservación de los edificios, de cuenta de sus propietarios. La omisión o defectuoso cumplimiento del primero en modo alguno puede exonerar a los propietarios del suyo y de las consecuencias derivadas de su incumplimiento, ya que ello supondría legitimar la omisión de una obligación por la simple excusa de no haber sido compelido a cumplirla. Por su parte, la Sentencia de 26 de octubre de 1988 (RJ 1988\8231), en un supuesto que guarda semejanza con el caso examinado en estos autos, deniega el reconocimiento de una indemnización por traslado de un negocio a consecuencia de la declaración de ruina del inmueble, afirmando que no puede tener valor causal determinante por parte del Ayuntamiento la conducta consistente en «no haber realizado las obras y reparaciones necesarias en el inmueble antecitado para su reparación conservatoria tras denegar la declaración de ruina del mismo, en ejecución sustitutoria de tal obligación de la propietaria requerida en su día a ello». Para apreciar suficiente relevancia causal en la actuación del Ayuntamiento hubiera sido menester, en resolución, una prueba específica que según la Sala de instancia no se ha producido acerca de: a) el carácter determinante de la no ejecución por parte de la Administración de las obras de conservación, frente a la inexistencia de otras causas objetivas de mayor relevancia que pudieran haber comportado o acelerado el deterioro del inmueble; y b) La mayor relevancia del incumplimiento por parte de la Administración del deber de ejecutar las órdenes de realización de obras de conservación frente al incumplimiento por parte del propietario de la obligación de conservar el inmueble.»

BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel. 'Manual de responsabilidad patrimonial de los entes locales'. *Editorial La Ley*. 2007.
- CASARES MARCOS, Ana Belén. 'La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos sectoriales'. *Editorial Tirant lo Blanch*. 2013.
- CHINER, María Jesús. 'La responsabilidad patrimonial y la administración por actos urbanísticos'. *Editorial Montecorvo*. 1982
- COBO OLVERA, Tomas. 'El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad patrimonial a las administraciones públicas: normativa, jurisprudencia, doctrina y formularios'. *Editorial Bosch*. 2014
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. 'Responsabilidad patrimonial de la Administración: cuándo y cómo indemniza la Administración: especial consideración del ámbito urbanístico y de otros sectores específicos de la Administración'. *Editorial Comares*. 2009
- HURTADO ORTS, Francisco. 'Responsabilidad patrimonial de la Administración: especial referencia a la Administración Local'. *Diputación de Valencia, Delegación de Asesoramiento y Asistencia de Municipios*. 2011.
- MARTÍN REBOLLO, Luis La responsabilidad patrimonial de las entidades locales 1ª edición. *Editorial Iustel*. 2005.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María. 'Los supuestos indemnizatorios en la Ley 8/2007 de suelo y en la legislación sobre espacios naturales protegidos'. *Editorial Thomson Aranzadi*. 2007
- MUNAR FULLANA, Jaume. 'Imputabilidad administrativa y solidaridad en el ámbito de la responsabilidad patrimonial por alteración del planeamiento urbanístico: análisis jurisprudencial y doctrinal de una problemática sin resolver', 1ª edición. *Editorial Thomson Reuters-Aranzadi*. 2012
- OCHOA GÓMEZ, María Pilar. 'La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y el fenómeno urbano'. *IVAP*. 2005
- PAREJO ALFONSO, Luciano. Régimen urbanístico de la propiedad y responsabilidad patrimonial de la administración: la alteración del planeamiento, la vinculación singular y la anulación de licencias. *Instituto de Estudios de Administración Local*. 1982
- SEVILLA MERINO, Ignacio. 'La responsabilidad patrimonial de la administración por la aprobación de planes urbanísticos municipales'. *Federació Valenciana de Municipis i Províncies*.

