

LA REPRESENTACIÓN DEL INTERESADO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Juan Antonio CARRILLO DONAIRE

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

SUMARIO:

1. El interesado, su capacidad y representación.
 - 1.1. Capacidad de obrar y concepto de interesado.
 - 1.2. Generalización de la representación por tercero en el procedimiento electrónico. A) Representación y apoderamiento electrónico. B) Los registros de apoderamientos.
2. Los deberes de colaboración y de comparecencia.
3. Bibliografía citada.

1. EL INTERESADO, SU CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN

Bajo la rúbrica “de los interesados en el procedimiento”, el Título I de la LPAC regula las cuestiones relativas a capacidad de obrar, a la condición de interesado y al régimen de identificación, firma y representación. En este punto analizaremos las cuestiones relativas al concepto de interesado, a la capacidad de obrar, a la representación y al régimen de acreditación de la misma¹.

¹ Me he ocupado *in extenso* de estas mismas cuestiones en mi trabajo sobre “El marco competencial. Ámbito de aplicación. Capacidad e identificación de los interesados (Título Preliminar, Título I y Disposiciones Finales y Adicionales)” aparecido en la obra colectiva, dirigida por GOSÁLVEZ PEQUEÑO, H. (2016), *La nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común*, Wolters Kluwer, Madrid; así como en mi trabajo “Actuación de los ciudadanos”, publicado en el Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen jurídico básico del sector público, dirigido por GAMERO CASADO, E., y VALERO TORRIJOS, J., Tomo I, Tirant lo Blanch 2017, págs. 581 a 593.

1.1. Capacidad de obrar y concepto de interesado

Dentro del Capítulo I del Título I, sobre “La capacidad de obrar y el concepto de interesado”, los artículos 3, 4, 7 y 8 de la LPAC reproducen los artículos 30, 31, 33 y 34 de la LRJPAC –respectivamente– para describir la capacidad de obrar y el concepto de interesado en los procedimientos administrativos en los mismos términos que la Ley anterior, con la única novedad de extender la capacidad de obrar, en línea con lo dispuesto en el artículo 18 de la LJCA, a los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos “cuando la Ley así lo declare expresamente” (artículo 3.c); lo cual nos parece coherente con la bien conocida apertura jurisprudencial del concepto de interesado y con la amplitud de la legitimación en el procedimiento administrativo².

No indica la Ley, sin embargo, cómo y a través de quién tendría que articularse esa capacidad de obrar cuando se actúe a través o en representación de una entidad sin personalidad o de un patrimonio independiente, que por definición carecen de representante legal, sin que la regla relativa a la publicación de los actos cuando estos afecten una pluralidad indeterminada de destinatarios (art. 45.1 de la LPAC) cubra suficientemente, ni por analogía, esta circunstancia.

Por otro lado, como señaló el Consejo General Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley³, la nueva Ley podría haber aprovechado la reforma para actualizar en estos extremos la cuestión a la capacidad de obrar de los extranjeros, que el artículo 13 de la CE equipara en materia de libertades públicas a los nacionales (con la excepción de los derechos *activae civitatis* del artículo 23 de la CE, que están

² La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido bastante proclive a admitir la legitimación procesal de los grupos y entidades sin personalidad jurídica para la defensa de derechos fundamentales a partir de su conocida STC 214/1991, de 11 de noviembre (seguida de otras muchas, por las SSTC 252/2000, de 30 de octubre, 2/2001, de 15 de enero, o 203/2002, de 28 de octubre). Tesis refrendada por el Tribunal Supremo para el ámbito de los derechos e intereses de orden jurídico administrativo, entendiendo que la legitimación activa nace de una relación fijada por la Ley entre una persona y el contenido de la pretensión, de suerte que de estimarse aquella, se produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio, que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (SSTS de 19 de mayo de 2000 –RJ 6726–, de 31 de enero de 2003 –RJ 1083–, de 6 de abril de 2004 –RJ 3442–, o de 16 de noviembre de 2011 –rec. 210/2010–, entre otras muchas).

³ Adoptado por el Pleno del Consejo el 5 de marzo de 2015, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-Anteproyecto-de-Ley-del-Procedimiento-Administrativo-Comun-de-las-Administraciones-Publicas>

reservados a los nacionales, salvo lo que por Ley o Tratado pueda disponerse para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales); previsión constitucional que debe contemplarse a la luz del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de los artículos 1 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y de los artículos 18 y 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. A este respecto, cabe recordar la distinción que introdujo la STC 236/2007, de 7 de noviembre, al analizar la constitucionalidad de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, respecto de los diferentes derechos de que gozan aquéllos; diferenciando los recogidos en el Título I CE, que les corresponden por mandato constitucional, los que la Constitución les atribuye de forma específica, y aquellos otros, no previstos en la Constitución, respecto de los que el legislador tiene mayor libertad de regulación.

En lo concerniente a la capacidad de obrar del menor, debe consignarse que la letra b) del artículo 3 reconoce al menor de edad *“para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela”*, exceptuando de este supuesto a los menores incapacitados cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate. También es este punto hubiera sido oportuno precisar si es necesario que la legislación administrativa sustantiva permita expresamente al menor actuar ante la Administración por sí mismo, o basta que la ley no lo prohíba expresamente. A este respecto, cabe recordar que la STS de 20 de mayo de 2003 (recurso 544/1999) sigue la primera de las interpretaciones, que parece tener mayor predicamento en la jurisprudencia y que parte de la base de que la capacidad de obrar en el ámbito del Derecho administrativo se rige por las normas civiles.

1.2. Generalización de la representación por tercero en el procedimiento electrónico

a) Representación y apoderamiento electrónico.

Donde están las novedades importantes en la regulación de la condición de interesado es en relación con la representación y el apoderamiento (artículos 5 y 6 de la LPCAP); régimen que cambia en gran medida por efecto de la implantación de la Administración electrónica, que determina la regulación de los medios de acreditación de la representación como el apoderamiento “apud acta”, presencial o electrónico, o la acreditación de su inscripción en el registro electrónico de apoderamientos de la Administración Pública u organismo competente. Previsión que se complementa con la obligación de las Administraciones Públicas de disponer de registros electrónicos de apoderamientos (a los que nos referiremos en el próximo apartado).

Tras reiterar el principio general que contenía el artículo 32 de la LRJPAC⁴, las novedades que introduce la LPAC en materia de representación se contraen, en primer término, a regular la representación conferida por medios electrónicos, que cabe efectuar por apoderamiento “apud acta” mediante comparecencia electrónica en la correspondiente sede electrónica.

La previsión de apoderamiento electrónico que regula el artículo 5 de la Ley ha sido fuertemente criticada por SANTAMARÍA PASTOR (2015), que también ha echado en falta la previsión de otras modalidades de formalización de la representación que dicho precepto no menciona expresamente⁵; si bien es cierto que los medios de

⁴ Según el cual, los interesados con capacidad de obrar pueden actuar por regla general por medio de representante, entendiéndose con éste las actuaciones administrativas salvo manifestación expresa en contra del interesado. Respecto del representante, pueden serlo tanto personas físicas con capacidad de obrar como personas jurídicas, siempre que ello esté previsto en sus Estatutos. Exigiéndose, por último acreditar la representación mediante cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna de su existencia para formular solicitudes y presentar declaraciones responsables o comunicaciones (precisión que ahora añade el art. 5.3 de la LPCAP), interponer recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación.

⁵ Para este autor, “otorgar un poder es un acto de relevancia suma, que exige inexcusablemente una comparecencia física, ante persona suficientemente competente y capaz de valorar la identidad del poderdante, el alcance del apoderamiento y el libre consentimiento; no ante cualquier empleado público carente de cualificación. No se ha podido inventar un procedimiento más seguro que el otorgamiento de poder ante notario, que es el que (no desde luego por rutina) utilizamos todos; y, como no defiendo en este caso ningún interés corporativo, he de decir que me parece incomprensible

representación que la Ley recoge lo son –como dice su Exposición de Motivos– para acreditarla “*en el ámbito exclusivo de las Administraciones Públicas*”.

El profesor GAMERO CASADO (2016) ha ponderado muy positivamente la regulación de la representación y los apoderamientos que hacen los artículos 5 y 6 de la LPAC, por cuanto ve en ellos una posibilidad de minorar los perniciosos efectos de la aberrante práctica, absolutamente generalizada hoy en día, consistente en ceder el certificado electrónico y de sus claves por parte de los ciudadanos a personas que realizan gestiones en su nombre por medios electrónicos, lo cual entraña el extraordinarios riesgos: el interesado no firma *de facto* el documento, pero aparece *de iure* firmado por él, lo cual preconstituye una prueba ciertamente difícil de destruir ante eventuales abusos del representante legal. A juicio del citado profesor, la amplia regulación de los instrumentos de representación (especialmente *apud acta*), así como la creación de los registros electrónicos de apoderamientos debería conducir a erradicar la mencionada práctica y que los ciudadanos no cedan sus certificados, sino que generalicen estos medios de representación y se eviten o reduzcan los mencionados riesgos⁶.

Por nuestra parte, nos limitaremos aquí a hacer alguna precisión adicional a las previsiones del artículo 5. En primer lugar, la redacción del segundo inciso del apdo. 4.º del mencionado precepto (que entiende acreditada la representación realizada mediante apoderamiento *apud acta* efectuado por comparecencia personal o comparecencia electrónica en la correspondiente sede electrónica, o a través de la acreditación de su inscripción en el registro electrónico de apoderamientos de la Administración Pública competente) nos parece un tanto imprecisa, pues da la impresión de que confunde el acto de apoderamiento a través del cual se confiere la representación (y que, entre otras modalidades, puede tener lugar mediante comparecencia electrónica en la correspondiente sede electrónica), con la forma de acreditar la representación, lo que podrá hacerse con el mismo acto de apoderamiento mediante comparecencia, pero

que el proyecto no mencione expresamente esta modalidad de apoderamiento”, SANTAMARÍA PASTOR J.A. (2015) “Los proyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público: una primera evaluación”, *Documentación Administrativa*, núm. 2, enero-diciembre 2015, p. 8.

⁶ GAMERO CASADO E. (2016), “Panorámica de la Administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175, enero-marzo 2016, pp. 25 y 26.

también mediante cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna de la representación otorgada (como establece el artículo 5.4 de la LPAC), entre los que también cabe –por lo demás– la inscripción en el registro electrónico de apoderamientos de la Administración Pública competente que se regula en el artículo 6.

En otro orden de cuestiones, habrá que sobrentender la validez y eficacia del apoderamiento otorgado ante una Administración frente a las restantes Administraciones Públicas, lo que parece coherente con el derecho a no presentar datos y documentos no exigidos que ya se encuentren en poder de las Administraciones Públicas o que hayan sido elaborados por éstas que reconoce el artículo 53.1.d) de la propia LPAC; al igual que es coherente con la interoperabilidad de la identificación y autenticación electrónica a la que se refiere el artículo 6.1 de la Ley en los términos que comentaremos seguidamente.

Por lo demás, y como ya hacía el artículo 32.4 de la LRJPAC, se prevé que la falta de acreditación de la representación o la insuficiencia de ella no impida “*que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquella o se subsane el defecto dentro del plazo de diez días que deberá conceder al efecto el órgano administrativo, o de un plazo superior cuando las circunstancias del caso así lo requieran*” (artículo 5.6 de la LPAC).

Asimismo, la Ley precisa que las Administraciones Públicas puedan habilitar con carácter general o específico a personas físicas o jurídicas autorizadas para la realización de determinadas transacciones electrónicas en representación de los interesados. Según el apdo. 7.º del artículo 5 de la LPAC “*dicha habilitación deberá especificar las condiciones y obligaciones a las que se comprometen los que así adquieran la condición de representantes, y determinará la presunción de validez de la representación salvo que la normativa de aplicación prevea otra cosa. Las Administraciones Públicas podrán requerir, en cualquier momento, la acreditación de dicha representación. No obstante, siempre podrá comparecer el interesado por sí mismo en el procedimiento*”.

b) Los registros de apoderamientos

Junto al régimen de representación y a de su acreditación, la LPAC contempla la creación de los registros electrónicos generales de apoderamientos en cada Administración Pública, así como la posibilidad de creación de registros similares, de carácter particular, en cada organismo vinculado o dependiente para la realización de los trámites específicos de dichos entes (artículo 6.1). Todos estos registros deberán ser plenamente interoperables entre sí, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, y permitan comprobar, mediante la consulta al registro correspondiente, la representación que ostentan quienes en cada caso actúen ante las Administraciones Públicas en nombre de un tercero. No es poco el reto que este objetivo de la interoperabilidad representa hoy día en el ámbito de la Administración electrónica española, caracterizada por un gran fraccionamiento y una enorme diversidad de medios entre unas y otras Administraciones y organismos públicos.

Asimismo, los registros electrónicos generales y particulares de apoderamientos han de permitir comprobar válidamente la representación de quienes actúen ante las Administraciones Públicas en nombre de un tercero, “*mediante la consulta a otros registros administrativos similares, al registro mercantil, de la propiedad, y a los protocolos notariales*” (artículo 6.2), que por tanto también deberán ser interoperables con los registros electrónicos generales y particulares de apoderamientos.

La imposición de la creación de registros generales y particulares a las Comunidades Autónomas fue puesta en cuestión por el Dictamen Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de LPAC⁷. El argumento del Consejo de Estado resulta muy convincente por la consabida dificultad de separar entre lo orgánico y lo procedimental a efectos de reparto competencial, como artificiosamente hace la reforma al dividir estas cuestiones en las Leyes de Procedimiento y de Régimen Jurídico, respectivamente⁸. Para el Consejo de

⁷ Dictamen núm. 275/2015, de 29 de abril.

⁸ Sobre esta cuestión véase, con carácter general, LÓPEZ MENUDO, F. (1993), “Naturaleza y significación general de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *Autonomías*, núm. 16, 1993; y, en “El régimen transitorio de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, en la obra colectiva *Estudio de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Consejo General del Poder Judicial, vol. II, Madrid, 1994, pp. 361 y ss. A propósito de la reciente reforma de las Leyes 30/2015 y 40 2015, hemos vuelto sobre esta cuestión, entre otros, SÁNCHEZ MORÓN, F. (2015), “Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las Administraciones Públicas”, *El*

Estado la cuestión de los registros de apoderamientos no pertenece al “procedimiento administrativo común”, sino al “régimen jurídico de las Administraciones Públicas”, por lo que la competencia del Estado en este punto no puede exceder de la delimitación de las bases; es decir, no debe agotar el contenido de la materia regulada de modo que impida el desarrollo normativo a las Comunidades Autónomas, ni incluir aspectos que no sean fundamentales al esquema de organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas que se desee poner en marcha. Lo que en este sentido afea y cuestiona el Consejo de Estado es que el artículo 6 de la Ley se haya hecho eco de la regulación reglamentaria de los registros electrónicos de apoderamientos (adoptada en desarrollo de la Ley 11/2007 y del art. 15 de su Reglamento de 2009 por la Orden HAP/1637/012), cuyo gran grado de detalle, justificado en el hecho de ser tan sólo aplicable a la Administración del Estado, hace difícilmente justificable la pormenorizada regulación del artículo 6 desde el título competencial de las bases del régimen jurídico, que es el que desde un punto de vista material ampara soportaría la regulación de esta cuestión.

En este orden de cosas, la Ley dispone que los asientos que se realicen en los registros electrónicos generales y particulares de apoderamientos deberán contener, al menos, la siguiente información: a) nombre y apellidos o la denominación o razón social, documento nacional de identidad, número de identificación fiscal o documento equivalente del poderdante; b) iguales datos del apoderado; c) fecha de inscripción del poder; d) período de tiempo por el cual se otorga; y, e) tipo de poder según las facultades que en él se otorguen (artículo 6.3). En éste último sentido se prevé que los poderes que se inscriban correspondan a alguna de estas tres tipologías: a) un poder general para que el apoderado pueda actuar en nombre del poderdante en cualquier actuación administrativa y ante cualquier Administración pública; b) un poder para que el apoderado pueda actuar en nombre del poderdante en cualquier actuación administrativa ante una Administración u Organismo concreto; o, c) un poder para que el apoderado pueda actuar en nombre del poderdante únicamente para la realización de determinados trámites especificados en el poder (artículo 6.4).

Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 56, noviembre de 2015; y yo mismo, que me he ocupado extensamente de ello en el trabajo publicado en la obra colectiva sobre *La nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común* al que antes me he referido.

Junto a ello, se prevé que los poderes inscritos en el registro tengan una validez determinada máxima de cinco años a contar desde la fecha de inscripción. En cualquier momento antes de la finalización de dicho plazo el poderdante podrá revocar o prorrogar el poder. Las prórrogas otorgadas por el poderdante al registro tendrán una validez determinada máxima de cinco años a contar desde la fecha de inscripción (artículo 6.6).

Asimismo, las solicitudes de inscripción del poder, de revocación, de prórroga o de denuncia del mismo podrán dirigirse a cualquier registro, debiendo quedar inscrita esta circunstancia en el registro de la Administración u Organismo ante la que tenga efectos el poder y surtiendo efectos desde la fecha en la que se produzca dicha inscripción (artículo 6.7).

Las previsiones sobre el registro electrónico de apoderamientos han de leerse conjuntamente con la obligación legal de digitalizar todos los documentos (artículo 16.5 y 27 de la LPAC), de proceder a su archivo electrónico (artículo 17) y con la obligación de expedir copias auténticas electrónicas de cualquier documento en soporte papel que presenten los interesados (al menos siempre que vaya a incorporarse a un expediente administrativo); pues todas estas determinaciones son imprescindibles para la plena implantación del procedimiento electrónico (además, claro es, de las previsiones sobre firma, registro, notificación y sede electrónica que se comentan en esta obra en el lugar correspondiente).

Como consecuencia de estas previsiones, ha quedado indicado que la Ley obliga a cada Administración Pública de contar con un registro electrónico de apoderamientos (artículo 6.1), pudiendo las Administraciones territoriales adherirse al del Estado. Esta última posibilidad la contempla, con carácter general, la Disposición Adicional Segunda de la LPCAP⁹. Aunque no es baladí señalar en relación con sus previsiones que algunas

⁹ Según la cual, “Para cumplir con lo previsto en materia de registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, archivo electrónico único, plataforma de intermediación de datos y punto de acceso general electrónico de la Administración, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales podrán adherirse voluntariamente y a través de medios electrónicos a las plataformas y registros establecidos al efecto por la Administración General del Estado. Su no adhesión, deberá justificarse en términos de eficiencia conforme al artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

En el caso que una Comunidad Autónoma o una Entidad Local justifique ante el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que puede prestar el servicio de un modo más eficiente, de acuerdo con los criterios previstos

Comunidades Autónomas objetaron dicha Disposición Adicional en el procedimiento de elaboración del anteproyecto de Ley –a mi entender, con razón–, por exceder las bases estatales, que la Ley pretende justificar, junto a la competencia estatal derivada del artículo 149.1.18.º de la CE, al amparo del artículo 149.1.14.^a, relativo a la Hacienda general, así como el artículo 149.1.13.^a que atribuye al Estado la competencia en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (como explicita su Disposición Final Primera)¹⁰.

2. LOS DEBERES DE COLABORACIÓN Y DE COMPARECENCIA.

La LPAC participa, como era de esperar, de esa hoy tan boyante visión del ciudadano como corresponsable en la consecución de los intereses generales, de la que también hacía gala el Informe CORA y que resulta tan característica y vectorial de los llamados nuevos modelos de gobernanza¹¹.

Esta visión tiene un trasunto evidente en la nueva regulación del deber de colaboración con las Administraciones Públicas que recoge el artículo 18 de la LPCAP, mucho más detallado y de mayor alcance que su antecesor (el artículo 39 de la LRJPAC),

en el párrafo anterior, y opte por mantener su propio registro o plataforma, las citadas Administraciones deberán garantizar que éste cumple con los requisitos del Esquema Nacional de Interoperabilidad, el Esquema Nacional de Seguridad, y sus normas técnicas de desarrollo, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, así como la transmisión telemática de las solicitudes, escritos y comunicaciones que se realicen en sus correspondientes registros y plataformas”.

¹⁰ Como hemos indicado, el precedente del artículo 6 de la LPAC que comentamos es el artículo 24 de la Ley 11/2007, cuyo contenido, sin embargo, no contiene referencia alguna a los apoderamientos, a los que sí se refieren, en cambio, el artículo 15 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, que desarrolla parcialmente la Ley 11/2007 y la Orden HAP/1637/2012, de 5 de julio, por la que se regula el Registro Electrónico de Apoderamientos, ambas normas de aplicación exclusiva al Estado. El apdo. 1.º del artículo 6 de la LPCAP, sin embargo, impone la creación de estos registros a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales. Asimismo, establece la información que necesariamente han de incluir los asientos relativos a los poderes en tales registros (apdo. 3.º) y prevé que se aprueben, con carácter básico y por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, los modelos de poderes inscribibles en el registro, distinguiendo si permiten la actuación ante todas las Administraciones, ante la Administración General del Estado o ante las Entidades Locales; ordenando igualmente a las Comunidades Autónomas que aprueben los modelos de poderes inscribibles en el registro cuando éste se circunscriba a su ámbito territorial (apdo. 4.º). A nuestro juicio, este tipo de previsiones son excesivas a un precepto que tiene carácter básico, en el que el precepto habría de haberse limitado a regular los aspectos estrictamente necesarios para garantizar los “principios y reglas básicas sobre aspectos organizativos y de funcionamiento de todas las Administraciones públicas” (STC 141/2014), sin agotar el contenido de la materia regulada de modo que impida el desarrollo normativo a las Comunidades Autónomas, ni incluir aspectos que no sean fundamentales al esquema de organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas que se desee poner en marcha. Sin embargo, el artículo 6 incorpora, como decíamos, muchas de las reglas previstas en la Orden HAP/1637/2012, dando lugar a una regulación pormenorizada y exhaustiva de los registros electrónicos de apoderamientos que excede de las bases que puede dictar el Estado y que, por ello, no parece ajustarse al orden constitucional de competencias.

¹¹ Véase, en este sentido, AAVV (2014) *Administración 2032. Teclas para transformar la Administración Pública Española*, (dirigida por ARENILLA SÁENZ, M), INAP, Madrid, 2014, pp. 27 y ss.

que tiene resonancias en determinadas regulaciones sectoriales preexistentes, no exentas de polémica, que el citado deber tiene en ámbitos como el tributario¹², el tráfico y la circulación de vehículos¹³, o en relación con el ejercicio de la potestad inspectora y del procedimiento sancionador, donde el establecimiento de un genérico e no matizado deber de colaboración puede colisionar¹⁴. Esta generalización de una previsión sectorial, que la Ley extiende a otros instrumentos y técnicas del procedimiento común, ha sido certeramente criticada por HUERGO LORA (2016) en un excelente trabajo sobre las principales novedades de la reforma.¹⁵

El citado artículo 18 de la LPAC contempla la obligación general de todas las personas de colaborar con la Administración “*en los términos previstos en la Ley que en cada caso resulte aplicable*”. A falta de previsión legal expresa, y frente a la autocontención que en este punto reflejaba el citado artículo 39.1 de la LRJPAC (que limitaba a esta obligación a “los casos previstos por la Ley”), la nueva Ley establece una obligación general de los ciudadanos de facilitar a la Administración, en todo caso, “*los informes, inspecciones y otros actos de investigación que requieran para el ejercicio de sus competencias*” cuando sean requeridos para ello. De esta manera se convierte en regla general la obligación de las personas de colaborar con la Administración.

Seguidamente se expresan los límites que afectan el ejercicio de ese deber, de forma que el compelido queda exonerado del mismo cuando la información requerida por la Administración “atentara contra el honor, la intimidad personal o familiar o supusieran la comunicación de datos confidenciales de terceros de los que tengan conocimiento por la prestación de servicios profesionales de diagnóstico, asesoramiento

¹² FRAGO AMADA, J.A (2014), “El deber de colaboración con la Administración tributaria desde la perspectiva del derecho a no declarar contra uno mismo en la jurisdicción penal”, *Economist & Jurist*, núm. 178, 2014, págs. 54-60; y MARTÍNEZ GARCÍA, M (2000), “Aspectos constitucionales del deber de colaboración con la Administración tributaria mediante el suministro de datos de terceras personas”, *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 24, 2000, págs. 131-146.

¹³ ORÁA GONZÁLEZ, J (2002) “El deber de colaboración con la administración en el ámbito de la seguridad vial (artículo 72.3 LTSV): A vueltas con su discutible constitucionalidad”, *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 50, núm. 1, 2002, págs. 133-140.

¹⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, J (1989), “Presunción de inocencia versus deber de colaboración cívica con la administración sancionadora”, *Poder Judicial*, núm. 14, 1989, págs. 113-122.

¹⁵ HUERGO LORA, A. (2016): “Las Leyes 39 y 40. Su ámbito de aplicación y la regulación de los actos administrativos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, num. 63, pp. 6 y ss.

o defensa, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación en materia de blanqueo de capitales y financiación de actividades terroristas”.

Asimismo se establece que los interesados que conozcan datos que permitan identificar a otros interesados que no hayan comparecido en el procedimiento, tienen la obligación de proporcionárselos a la Administración actuante (art. 18.2), reproduciendo la previsión que ya contenía el artículo 3.2 de la LRJPAC.

Como es sabido, los límites contemplados en el apdo. 1.º del artículo 18 de la LPAC cuentan con una regulación específica en la legislación de desarrollo de los derechos en él mencionados (honor, intimidad e imagen, respeto a la privacidad en el orden deontológico profesional, etc.), pero la enunciación del precepto legal no comprende toda la legislación concomitante que puede condicionar y limitar el ejercicio de este deber de colaboración, por lo que dicha relación no debe considerarse taxativa. En este orden de consideraciones, tanto el Consejo de Estado como la Agencia Española de Protección de Datos, en los Informes evacuados en el curso de la tramitación del Anteproyecto de Ley, llamaron la atención sobre la conveniencia de explicitar como límite específico a este deber el derecho a la protección de datos de carácter personal, añadiendo –y esto nos parece de la mayor relevancia e igualmente extensible a las limitaciones que sí explicita el precepto y a las demás que pueden resultar aplicables– que sería igualmente preciso garantizar que se respete en todo caso el principio de proporcionalidad.

Por otra parte, la Ley refleja con mayor concreción que la Administración, cuando deba realizar una inspección domiciliaria, habrá de contar con el consentimiento del afectado o, en su defecto, con autorización judicial (art. 18.3), estándose en este punto a lo dispuesto por el artículo 100 de la LPAC (relativo a los medios de ejecución forzosa de los actos administrativos) y por el artículo 8.6 de la LJCA en relación con el 91.2 de la LOPJ (que sientan la competencia de los Juzgados de lo contencioso-administrativo en estos casos).

Finalmente, la obligación de comparecencia de las personas a requerimiento de la Administración que regula el artículo 19 de la LPAC, sin precedentes en las

anteriores regulaciones generales del procedimiento administrativo¹⁶, puede considerarse una modalidad específica, más reforzada e incisiva, del deber genérico de colaboración.

A diferencia de lo que se establece al regular el deber genérico de colaboración, para la comparecencia de las personas ante las oficinas públicas sí se requiere una previsión legal *ad hoc* y específica.

La comparecencia puede tener lugar de forma presencial o por medios electrónicos (art. 19.1); y, lógicamente (y al igual que sucede con las citaciones judiciales), ha de estar siempre precedida de un previo requerimiento o citación, que hará constar expresamente el lugar, fecha, hora, los medios disponibles y objeto de la comparecencia, así como los efectos y consecuencias de no atenderla (art. 19.2). Asimismo se prevé la posibilidad de que la Administración entregue, a instancia del interesado, y a los efectos legales oportunos, la correspondiente certificación acreditativa de que la comparecencia ha tenido lugar.

3. BIBLIOGRAFÍA CITADA:

AAVV (2016), *La nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común* (dirigida por GOSÁLVEZ PEQUEÑO, H.), Wolters Kluwer, Madrid.;

AAVV (2014), *Administración 2032. Teclas para transformar la Administración Pública Española*, (dirigida por ARENILLA SÁENZ, M), INAP, Madrid;

CARRILLO DONAIRE, J.A. (2016), “Marco competencial. Ámbito de aplicación. Capacidad e identificación de los interesados”, en AAVV (2016), *La nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común*;

FRAGO AMADA, J.A (2014), “El deber de colaboración con la Administración tributaria desde la perspectiva del derecho a no declarar contra uno mismo en

¹⁶ Aunque sí tiene precedentes en disposiciones sectoriales que regulan el cumplimiento de deberes cívicos inexcusables, como los relativos, por ejemplo, a la designación de los miembros de las mesas electorales.

la jurisdicción penal”, *Economist & Jurist*, núm. 178;

GAMERO CASADO E. (2016), “Panorámica de la Administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175;

GARBERÍ LLOBREGAT, J. (1989), “Presunción de inocencia versus deber de colaboración cívica con la administración sancionadora”, *Poder Judicial*, núm. 14;

LÓPEZ MENUDO, F. (1993), “Naturaleza y significación general de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *Autonomies*, núm. 16, 1993;

LÓPEZ MENUDO, F. (1994), “El régimen transitorio de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, en *Estudio de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, CGPJ, vol. II;

MARTÍNEZ GARCÍA, M (2000), “Aspectos constitucionales del deber de colaboración con la Administración tributaria mediante el suministro de datos de terceras personas”, *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 24;

ORÁA GONZÁLEZ, J. (2002), “El deber de colaboración con la administración en el ámbito de la seguridad vial (artículo 72.3 LTSV): A vueltas con su discutible constitucionalidad”, *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 50, núm. 1;

SÁNCHEZ MORÓN, F. (2015), “Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las Administraciones Públicas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 56.

ESTUDIO SOBRE LA ACTUACIÓN DE LA INTERVENCIÓN ANTE DIFERENTES SUPUESTOS EN LOS QUE PROCEDERÍA INFORME DE OMISIÓN DE LA FUNCIÓN INTERVENTORA O REPARO SUSPENSIVO

José Isaac GÁLVEZ CONEJO

*Interventor General del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna
(Santa Cruz de Tenerife)*

RESUMEN: Se trata de aclarar cómo la actuación de la Intervención debe variar en función de la naturaleza de la actuación que se controla. Concretamente se concluye cuando procede emitir un Informe de Reparación de carácter suspensivo o un Informe de Omisión de la Función Interventora en el caso de la intervención previa de facturas.

Partiremos de un supuesto real de intervención previa del reconocimiento de la obligación por parte de la Intervención General derivado de un expediente de Revisión de Oficio de acto Nulo de pleno derecho al que se adjunta Dictamen del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma en el que se analiza además del supuesto de nulidad radical, la actuación del órgano interventor en el supuesto que nos ocupa.

Con el presente análisis se alcanzan una serie de conclusiones que pretenden aclarar las distintas formas de actuación del órgano interventor en los supuesto de intervención previa del reconocimiento de la obligación, principalmente cuando se dan situaciones irregulares o no conforme a derecho en la comprobación de facturas.

PALABRAS CLAVE: Revisión de Oficio, Contratos verbales, Función interventora, intervención previa, Omisión Función Interventora

SUMARIO

1. Supuesto de hecho de partida.
2. Análisis del supuesto planteado y los límites de la contratación menor.
3. Actuación del órgano interventor en la modalidad de intervención previa del reconocimiento de la obligación. reparos suspensivos/ advertencia de omisión de función interventora.
4. Conclusiones.
5. Bibliografía

1. SUPUESTO DE HECHO DE PARTIDA

Con fecha 9 de febrero de 2024 se presenta factura por la empresa (...) en concepto de «Bolígrafos de plástico blanco/violeta como muestra impresa a un color de pedido 27 de octubre de 2020 (costo)», por importe de 1.337,50€ (IGIC incluido).

El 24 de abril de 2024 se emite Informe del Área de Servicio Municipales y Medio Ambiente, en el que se hace constar lo siguiente:

«1. *Que con fecha 9 de febrero de 2024 se recibe factura presentada mediante plataforma FACE por la empresa (...) con CIF (...) en concepto de “Bolígrafos de plástico blanco/violeta como muestra impresa a un color de pedido 27 de octubre de 2020 (costo)”, por importe de 1.337,50€ (IGIC incluido).*

2. *Que no consta en el área expediente de contratación para la realización del suministro indicado en la factura de referencia con el concepto de “Bolígrafos de plástico blanco/violeta como muestra impresa a un color de pedido 27 de octubre de 2020 (costo)”.*

3. *Que el presente informe se limita a comprobar si el suministro mencionado en la factura presentada se ha realizado, teniendo constancia de ello según fotografía adjunta.*

Este informe no entra a valorar el coste del suministro realizado al no existir contrato previo de referencia con la valoración de la oferta económica e importe del contrato.

4. Que de acuerdo con los antecedentes mencionados y, con el fin de informar si el suministro facturado se ha realizado, evitando en su caso enriquecimiento injusto por parte de la Administración, se puede deducir que el suministro prestado por la empresa (...) con CIF (...) en concepto de “Bolígrafos de plástico blanco/violeta como muestra impresa a un color de pedido 27 de octubre de 2020 (costo)” se ha prestado.

Que visto lo expuesto anteriormente, se puede concluir que se puede dar conformidad a la factura presentada por la empresa (...) con CIF (...) en concepto de “Bolígrafos de plástico blanco/violeta como muestra impresa a un color de pedido 27 de octubre de 2020 (costo)”, por importe de 1.337,50€ (IGIC incluido), teniendo en cuenta lo expuesto en el presente informe

En Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias¹ ante la solicitud por parte del Ayuntamiento, al considerar el acto nulo de pleno derecho y proponer el inicio de un expediente de Revisión de Oficio, señala respecto de la actuación del órgano interventor lo siguiente:

“Se alega en el informe de la Intervención que la indicada factura no fue remitida a la Intervención para el trámite de fiscalización e intervención previa, siendo el citado informe de Intervención preceptivo y previo. De acuerdo con el art. 28 RDCI, en los supuestos en los que la función interventora fuera preceptiva y se hubiese omitido, no se podrá reconocer la obligación, ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se conozca y resuelva dicha omisión.

Tratándose de un contrato menor no es necesaria fiscalización previa.

Los contratos menores están exentos de fiscalización previa conforme al art. 219.1 RD Leg. 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la

¹ Dictamen de Consejo Consultivo de Canarias 536/2024 solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de san Cristóbal de La Laguna en relación con propuesta de revisión de oficio de contrato de suministro de bolígrafos.

Ley Reguladora de las Haciendas Locales -TRLRHL-, y el art. 17.b) del RD 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local.

Por tanto, la omisión de fiscalización se aplica cuando la fiscalización es preceptiva, es decir, necesaria e imprescindible. El art. 28 del RD 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local dispone que: «En los supuestos en los que, con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento, la función interventora fuera preceptiva y se hubiese omitido, no se podrá reconocer la obligación, ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se conozca y resuelva dicha omisión en los términos previstos en el presente artículo».

De lo expuesto, no es posible aplicar la omisión de fiscalización en los contratos menores, porque están exentos de fiscalización previa. Así lo dispone el art. 219.1 del RDLeg 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales -TRLRHL-, y el art. 17.b) RCI.

No estando sujetas a fiscalización previa, en los contratos menores, la fase de autorización del gasto ni la fase de disposición o compromiso, será el reconocimiento de la obligación lo que el Interventor fiscalice. Y en el reconocimiento de la obligación de una factura de un contrato menor deberá comprobarse: La existencia de crédito presupuestario y que el propuesto es el adecuado y suficiente a la naturaleza del gasto u obligación que se proponga contraer, que los gastos u obligaciones se proponen al órgano competente y que la factura cumple los requisitos exigidos por la legislación vigente.

Además, no debe olvidarse, en todo caso, que la ausencia de fiscalización previa -si fuera necesaria- no supone una falta total y absoluta de procedimiento que determine la nulidad del acto porque no puede ser calificado de trámite esencial, ya que es subsanable, tal y como venimos manteniendo en los Dictámenes de este Consejo 218 y 219/2017, de 4 de julio, 232/2017, de 13 de julio, y en los más recientes

318/2023, de 20 de julio, 386/2023, de 5 de octubre, 412/2023, de 19 de octubre, así como en los Dictámenes del Consejo de Estado 1436 y 1437/2012.

2. ANÁLISIS DEL SUPUESTO PLANTEADO Y LOS LÍMITES DE LA CONTRATACIÓN MENOR.

Antes de iniciar el estudio propiamente dicho de las distintas formas de actuación del órgano interventor, es necesario hacer referencia a las características de la contratación menor en relación con el supuesto que nos ocupa, dado que desde el órgano de control interno se ha considerado que la presente factura debiera tener su origen en un contrato sometido a los principios informadores de la contratación pública de publicidad, igualdad y concurrencia de acuerdo con los argumentos que se exponen a continuación.

El objeto del contrato menor solo puede dar respuesta a necesidades puntuales o esporádicas o, en sentido negativo, no puede responder a prestaciones periódicas y predecibles.

El legislador no contempló expresamente la prohibición del fraccionamiento temporal ni tampoco que el contrato menor solo pudiera dar respuesta a necesidades puntuales o esporádicas, pero resulta absolutamente pacífico y está unánimemente aceptado que constituyen unos límites a respetar en la utilización del contrato menor.

En el Informe de control financiero de la contratación menor en este Ayuntamiento realizado por la intervención municipal para la anualidad 2023, se ha señalado que *“el fraccionamiento lleva a la doctrina a adjetivar las necesidades a satisfacer en el contrato menor de diversas formas: extraordinarias, excepcionales, urgentes, imprevisibles, puntuales y esporádicas.”*

La norma no define las necesidades en las que deben aplicarse estos contratos, por lo que no pueden interpretarse en términos absolutos y de forma aislada, sino bajo el concepto de evitar el fraccionamiento o con el ánimo de cumplir la legalidad que no puede ir más allá de lo explícitamente establecido.”

El fraccionamiento del objeto del contrato alude así, a la partición indebida de la prestación para evitar la aplicación de las reglas de publicidad y procedimiento contenidas en la Ley.”

Visto todo lo anterior, el material de oficina en una administración pública no puede considerarse una necesidad esporádica o excepcional por lo que, sin necesidad de recurrir a un estudio concienzudo sobre la posibilidad de que los bolígrafos por sí mismos sean una unidad funcional que permita la contratación de este material separado del resto del material de oficina, en el supuesto que nos ocupa, nos encontramos, además de una contratación verbal, ante un más que evidente fraccionamiento del objeto del contrato por la reiteración en el tiempo de facturación de este tipo en todo el Ayuntamiento.

Traemos a colación doctrina de Tribunales y Juntas Consultivas de contratación tanto del Estado como de comunidades autónomas en relación con el objeto del contrato y deslindar así los supuestos en los que quedaría proscrita la contratación menor.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en el acuerdo 44/2012 (recurso especial 57/2012)² define el objeto del contrato como:

“(…) un conjunto de prestaciones destinadas a cumplir por sí mismas una función económica o técnica, cubriendo las necesidades del órgano de contratación, la necesidad de su determinación responde al cumplimiento de los principios de transparencia, fomento de la concurrencia, pero también de eficacia y eficiencia”.

Por su parte la Junta consultiva de contratación pública del Estado, (JCCPE) en el informe 69/2008³, ha dispuesto que *“(…) existirá fraccionamiento del objeto del contrato cuando las diversas partes de la prestación que se contraten individualmente no sean susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una*

² Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por el Concejal del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, contra el procedimiento de licitación, promovido por dicho Ayuntamiento, denominado «Gestión del Servicio Público de Saneamiento y Depuración de aguas residuales de la ciudad de Zaragoza bajo la fórmula de Sociedad de Economía Mixta

³ Referencia en artículo sobre reflexiones sobre el fraccionamiento indebido de los contratos del Observatorio de Contratación Pública de 31/08/2015

unidad funcional entre ellas, atendiendo a la finalidad que deben cumplir conjuntamente”.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya señala en el informe 14/2014⁴:

“(…) el fraccionamiento fraudulento del objeto de un contrato se puede producir tanto mediante la suscripción de diversos contratos menores destinados a la obtención de un resultado único o de una prestación que hubiera tenido que ser objeto de un único contrato”

La idea fundamental, así pues, que debe regir la posibilidad de contratar separadamente prestaciones que guarden alguna relación entre sí, deberá ser la idea de que, si constituyen una unidad operativa o funcional, es decir, si son elementos inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. En el caso de que constituyan una unidad operativa o sustancial y se divida el contrato, estaremos ante un fraccionamiento» (Informe 31/2012, de 7 de mayo de 2013 de la JCCPE)

Cabe entender que existe «unidad funcional» si las diferentes prestaciones que integran el contrato no pueden ser separadas sin que sufra menoscabo o detrimento la consecución del fin público perseguido, de modo que puede afirmarse que las prestaciones deben agruparse en un solo contrato debido a la función que van a cumplir y no por su mayor o menor semejanza”.

A mayor Abundamiento citamos diferentes pronunciamientos de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado: (entre ellos: Expediente 45/18⁵, Expediente 72/18⁶, Expediente 111/18⁷ todos ellos de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado) que vienen con carácter general a señalar que el

⁴ Informe 14/2014, de 22 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente)

⁵ Expediente: 45/18 Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Fraccionamiento de contratos menores

⁶ Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Informe 72/2018. Contratación de diversas prestaciones que integran los festejos municipales. Requisitos del fraccionamiento de los contratos.

⁷ Expediente 111/2018 Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre contratos menores, límite subjetivo y temporal. Similitud y equivalencia del objeto del contrato

objeto del contrato debe estar integrado por todas aquellas prestaciones que estén vinculadas entre sí por razón de su unidad funcional impuesta por una mejor gestión de los servicios públicos y que resulta determinante para concluir cuándo media identidad o equivalencia entre las distintas prestaciones, el concepto de unidad funcional u operativa, es decir; la existencia de un vínculo operativo entre dicho objetos, de tal modo que resulten imprescindibles para el logro que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. Si tal circunstancia se da, la división del contrato implicaría un fraccionamiento no justificado dado que el objeto del contrato es único.

3. ACTUACIÓN DEL ÓRGANO INTERVENTOR EN LA MODALIDAD DE INTERVENCIÓN PREVIA DEL RECONOCIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN. REPAROS SUSPENSIVOS/ ADVERTENCIA DE OMISIÓN DE FUNCIÓN INTERVENTORA

Por todo lo anteriormente expuesto, el objeto del contrato menor solo puede dar respuesta a necesidades puntuales o esporádicas o, en sentido negativo, no puede responder a prestaciones periódicas y predecibles.

Si tenemos claro que estamos ante un supuesto de contrato verbal que debiera haberse tramitado no ya como contrato menor, sino como un contrato sujeto a los principios de igualdad, publicidad, concurrencia, según el procedimiento de licitación que proceda, la aseveración que se realiza en el Dictamen del Consejo Consultivo sobre la actuación de la función interventora requiere la aclaración de la forma de actuar de la Intervención de esta corporación en este caso.

Lo primero que tendríamos que recordar sería el carácter «formal» de la contratación pública, al disponer en el artículo 37 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, lo siguiente:

*«1. Las entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 120.1, carácter de emergencia.
2. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas se formalizarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 153, sin perjuicio de lo señalado para los contratos menores en el artículo 118.»*

La legislación advierte de manera clara lo siguiente:

Los contratos tendrían que ser «licitados/adjudicados» formalmente por medio de los procedimientos de contratación regulados en la LCSP, como podrían ser mediante el procedimiento abierto, restringido, menor etc...., sin ser posible la contratación verbal.

A la hora de proceder por parte del órgano interventor a la intervención previa del reconocimiento de la obligación en una factura, podrían darse supuestos diferentes con consecuencias diversas:

SUPUESTO NÚMERO 1: Existencia de tramitación de contratos menores para los gastos (Servicios, suministros, obras) que claramente son repetitivos y no excepcionales, aunque no superen el umbral cuantitativo del contrato menor.

Englobaríamos en este supuesto los gastos, que, aunque puedan ser excepcionales y no repetitivos, superen la cuantía del contrato menor, hayan sido tramitados de conformidad con lo establecido en el artículo 118 de la LCSP, o simplemente no tengan procedimiento de contratación.

El contrato menor, cuya regulación se encuentra en el artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público cuenta con unas particularidades que deben darse para que una determinada prestación pueda satisfacerse por la vía de la contratación menor.

En consonancia con lo que las Juntas Consultivas de Contratación han manifestado, en el contrato menor conviven dos factores diferenciados:

Primero.- **Sus características**, es decir, las particularidades que deben darse para que una determinada prestación pueda satisfacerse por la vía de un contrato menor son:

- 1) Necesidades excepcionales, no periódicas.
- 2) Umbrales: (Valor estimado) < 40.000 euros en obras; Valor estimado <15.000 euros en servicios y suministros
- 3) Duración: un año

Segundo.- **Sus requisitos**, que son las condiciones u obligaciones a las que todo contrato menor se somete por imperativo legal para entenderse válido:

1. Informe de necesidad del contrato y definición de su objeto para justificar que no se está alterando con el fin de evitar los umbrales establecidos.
2. Aprobación del gasto
3. Factura de la prestación realizada

En su caso, presupuesto de obras, proyecto cuando sea requerido e informe de las oficinas o unidades de supervisión cuando proceda.

En el caso que analizamos se incumple, al menos, una de las características citadas, puesto que estamos ante gastos recurrentes y repetitivos, no ante necesidades excepcionales y no periódicas, (como ya se ha expuesto. La compra de suministro de material de oficina, que podría haberse previsto, es repetitiva y no excepcional para cualquier entidad local, es decir; van a tener que ser contratados continua y sistemáticamente por las mismas, por lo que la legislación contractual imposibilita privar de la preceptiva concurrencia y publicidad a los diferentes licitadores que quieran ofertar por estos contratos, debiendo de ser licitados mediante contratos mayores.

En el supuesto objeto del presente estudio no se cumple con las características del contrato menor, por lo que debemos tener en cuenta lo citado en el artículo 28 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local (RCI), donde se regula la omisión de la función interventora (OFI), debiendo de cumplirse las siguientes características para que el órgano interventor la advierta en el ejercicio de la Función Interventora de cualquier expediente:

- a) Que la función interventora sea **PRECEPTIVA**, es decir, procedimientos cuyos actos den lugar a la realización de gastos con fondos públicos.
- b) Que, aun siendo obligatoria, los actos **NO SE HAYAN SOMETIDO** al ejercicio de la función interventora.

Si estas características la plasmamos a la realidad de la factura que hemos señalado al inicio, debemos extraer unas conclusiones claras que nos llevan a interpretar que el órgano interventor, en estas circunstancias, siempre tendría que emitir un informe advirtiéndole que se ha omitido la función interventora en el expediente:

- 1) Estamos ante gastos que no pueden ser encuadrables en una tramitación de un contrato menor, puesto que son gastos repetitivos y recurrentes.
- 2) Si estos gastos no pueden ser tramitados como un contrato menor, tendría que haberse tramitado un contrato abierto, restringido etc.... puesto que en virtud del artículo 37 de la LCSP la contratación verbal no es posible.
- 3) Como los únicos contratos "exentos de fiscalización previa" son los menores, tal y como dispone el artículo 219.1 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo y el artículo 17 del RCI; si el gasto en cuestión hubiese contado con el procedimiento preceptivo, hubiese tenido que ser fiscalizado en Fase A y D.

Por esta razón, el órgano interventor no debería de emitir reparo ante estas situaciones sino advertencia de omisión de la función interventora, tramitándose el procedimiento dictaminado en el artículo 28 del RCI.

Es por ello por lo que la omisión de la función interventora prevalecerá sobre el reparo puesto que, de no haberse omitido, la ausencia del procedimiento hubiera sido detectada en la fase correspondiente (A o D) y no en el momento de reconocer la obligación, existiendo las siguientes diferencias entre los dos supuestos:

- Los reparos están vinculados a los incumplimientos o incidencias que el órgano interventor detecta cuando está ejerciendo la función interventora, el supuesto de los contratos menores en Fase O.
- La omisión se produce cuando el órgano interventor, por la razón que sea y el momento que sea, detecta que su control ha sido pasado por alto cuando en el procedimiento era preceptiva la función interventora.

SUPUESTO NÚMERO 2: Gastos no repetitivos y excepcionales en los que se constata la inexistencia de procedimiento de contratación, pero que podría considerarse que estemos ante la existencia de un contrato menor.

Suponemos que estamos ante facturas que se derivan de una contratación verbal realizada por la Alcaldía/concejal/trabajador sin la existencia de procedimiento de contratación, pero que podría encajar con un contrato menor, por cuantía y por ser un gasto no repetitivos y excepcionales.

Debemos recordar la reiterada prohibición de la contratación verbal del artículo 37 de la LCSP

La inexistencia de contrato (adjudicación de este), supone, en principio, un vicio de nulidad de pleno derecho dada la remisión que realiza el artículo 39.1 de la LCSP a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), cuyo art. 47.1.e) señala que *son nulos de pleno derecho los «actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados», a los que se equipara la inexistencia del propio acto.*

Visto lo anterior, debemos advertir que, si llega una factura, independientemente de la cuantía, sin adjuntar el procedimiento legal preceptivo, se debería de fiscalizar/Intervenir el acto.

Las diferentes fases de la Función Interventora plasmadas en el artículo 7 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local (RCI) son las siguientes:

«1. El ejercicio de la función interventora comprenderá las siguientes fases:

- a) La fiscalización previa de los actos que reconozcan derechos de contenido económico, autoricen o aprueben gastos, dispongan o comprometan gastos y acuerden movimientos de fondos y valores.*

- b) *La intervención del reconocimiento de las obligaciones e intervención de la comprobación material de la inversión.*
- c) *La intervención formal de la ordenación del pago*
- d) *La intervención material del pago.»*

La legislación diferencia entre la Fiscalización previa de la autorización (Fase A) y la Disposición o compromiso (Fase D) y la Intervención Previa del reconocimiento de las obligaciones (Fase O).

Por todo ello, si el órgano interventor procede a comprobar una factura donde se acredite la inexistencia del procedimiento de contratación, el actuar del Interventor sería diferente si estamos ante un verdadero contrato menor (no solo por el importe de la factura, sino porque estamos ante necesidades puntuales, no periódicas ni previsibles), o si estamos ante la ausencia de tramitación de un contrato mayor, por estar ante un servicio/suministro repetitivo y habitual, aunque el importe de la factura sea de menor importe, dado que en este segundo supuesto estaremos ante una clara omisión de la función interventora:

Si interpretamos que existe la posibilidad de estar ante un gasto con ausencia del procedimiento de contratación menor, la actuación correcta del órgano interventor, si se pretende reconocer y abonar la factura, sería la formulación de un reparo suspendiendo el procedimiento de reconocimiento de la obligación, de conformidad con lo establecido en el artículo 215 y en el artículo 216.2. c) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

De acuerdo con este artículo: *«Si en el ejercicio de la función interventora el órgano interventor se manifestara en desacuerdo con el fondo o con la forma de los actos, documentos o expedientes examinados, deberá formular sus reparos por escrito antes de la adopción del acuerdo o resolución.»*

La causa que se cita en el artículo 216. c del TRLRHL *«2. Si el reparo afecta a la disposición de gastos, reconocimiento de obligaciones u ordenación de pagos, se*

suspenderá la tramitación del expediente hasta que aquél sea solventado en los siguientes casos:

- a) Cuando se base en la insuficiencia de crédito o el propuesto no sea adecuado.*
- b) Cuando no hubieran sido fiscalizados los actos que dieron origen a las órdenes de pago.*
- c) En los casos de omisión en el expediente de requisitos o trámites esenciales.*
- d) Cuando el reparo derive de comprobaciones materiales de obras, suministros, adquisiciones y servicios.»*

Asimismo, el artículo 12.3 del RD 424/2017, desarrolla los supuestos de omisiones procedimentales en el expediente de la siguiente forma, provocando una suspensión en el expediente de gasto:

“En el supuesto previsto en el apartado c) del artículo 216.2 citado, procederá la formulación de un reparo suspensivo en los casos siguientes:

- a) Cuando el gasto se proponga a un órgano que carezca de competencia para su aprobación.*
- b) Cuando se aprecien graves irregularidades en la documentación justificativa del reconocimiento de la obligación o no se acredite suficientemente el derecho de su perceptor.*
- c) Cuando se hayan omitido requisitos o trámites que pudieran dar lugar a la nulidad del acto, o cuando la continuación de la gestión administrativa pudiera causar quebrantos económicos a la Tesorería de la Entidad Local o a un tercero.”*

Debemos tener claro que no se ha seguido el procedimiento establecido, al menos el citado en el artículo 118 de la LCSP, que sería "intervenido" en Fase de Reconocimiento de la Obligación por la Intervención municipal; puesto que estos se encuentra exentos de fiscalización previa (Fases A y D), de conformidad con el artículo

219.1 del TRLRHL, por lo que la aprobación del reconocimiento del gasto puede dar lugar a una nulidad de pleno derecho de conformidad con lo establecido en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por otra parte, el gasto en cuestión necesariamente va a causar quebrantos económicos a la Tesorería de la Entidad Local, puesto que si se hubiese licitado con casi total seguridad hubiese sido más económico, dada la existencia de concurrencia competitiva. Como se señala por esta Intervención en el Informe de control financiero de la contratación menor correspondiente a año 2023 en este Ayuntamiento, la eficiente utilización de los fondos públicos que se gestiona mediante procedimientos de contratación es un principio básico de la contratación pública, proclamado en el artículo 1.1 y 1.3 de la Ley de Contratos del Sector Público. Esa eficiencia se pierde si se hacen contratos innecesarios, si el valor estimado de los mismos no está bien calculado, si no se consigue el mejor precio en concurrencia competitiva y si no garantiza la correcta ejecución de lo contratado.

El órgano encargado de asumir la responsabilidad de seguir con el procedimiento en este caso sería la Alcaldía, a menos de que se refiera a las obligaciones o gastos cuya competencia sea de Pleno (Según los umbrales establecidos por la Disp. Adic. 2ª de la LCSP), o se constate que las facturas no cuenten con crédito adecuado y/o suficiente. En estos supuestos el órgano competente para solventar el reparo sería el Pleno.

SUPUESTO NÚMERO 3: Gastos no repetitivos y excepcionales, donde se tramita un contrato menor, un “mayor” correctamente tramitado o gastos repetitivos donde se tramita un contrato “mayor”.

En estos supuestos no existiría ningún inconveniente en la comprobación por parte del órgano interventor, siempre y cuando se cumplan con todos y cada uno de los requisitos a fiscalizar/intervenir, teniendo en cuenta que el contrato “mayor” tendría que ser fiscalizado en las fases de ejecución presupuestaria A y D y el menor se intervendría en Fase O, al estar exento de fiscalización previa.

4. CONCLUSIONES.

Considerando lo anterior, pasaremos a encajar el caso expuesto en alguno de los supuestos analizados en la consideración jurídica anterior.

Primero: Estamos ante una factura, que, careciendo de procedimiento de contratación, vulnera el principio citado por el artículo 37 de la LCSP, por lo que la irregularidad de la factura sería manifiesta. Contratación verbal.

Segundo: Por otro lado, para saber si estamos ante una irregularidad que pudiese derivar en un “reparo de legalidad” o en una “omisión de la función interventora” deberíamos de hacer un análisis del supuesto concreto, que sería el siguiente:

- 1) Tramitación de una factura derivada de un contrato menor o que aun no cumpliendo con el mínimo imprescindible del contrato menor, esta pudiera haberse tramitado sin dudas jurídicas a través del procedimiento de contratación menor
- 2) Tramitación de una factura sin procedimiento de adjudicación alguno, que además no puede, sin dudas jurídicas, tramitarse a través de un contrato menor.

En el primer supuesto la actuación de la intervención, debiera ser la emisión de informe de Reparación de carácter suspensivo de acuerdo con la normativa anteriormente citada y en el segundo supuesto debería procederse de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 28 del RCI, es decir Informe de Omisión de la función interventora.

Por todo lo anterior, se puede discutir que la aseveración del órgano consultivo de la comunidad autónoma sea correcta en el caso analizado.

No obstante, hay que reconocer que esta cuestión puede someterse a diversas interpretaciones que redundan en añadir dificultad a la ya compleja función interventora. Concretamente en la intervención previa del reconocimiento de la obligación ante irregularidades como la descrita, el órgano interventor ha de decidir si lo

que procede es una advertencia de omisión de Función Interventora o formular un reparo de carácter suspensivo, cuestión harto complicada por falta de criterio unívoco en esta cuestión.

5. BIBLIOGRAFIA:

APARISI APARISI, Mari Carmen. “La omisión de la función interventora y el reconocimiento extrajudicial de créditos, dos caras de una misma moneda”, en: *El Consultor de los Ayuntamientos*, N° 4, Sección Presupuestos, contabilidad y control interno, Abril 2021, pág. 60.

“Inviabilidad de contratos menores reiterados. Obligación de emitir informe de omisión de fiscalización previa previsto en el art. 28 RCI”, en: *Revista Derecho Local.es*, número de agosto de 2020.

SÁNCHEZ MARTÍN, Patricia. “Esquema práctico de la omisión de la función interventora en la Administración Local”, en: *Revista Auditoría Pública* n° 83, junio 2024, páginas 47-56.

LAS RETRIBUCIONES DEL PERSONAL LABORAL TEMPORAL DE LAS ENTIDADES LOCALES DIMANANTES DE PROGRAMAS DE ACTIVACIÓN DEL EMPLEO.

Abraham JIMÉNEZ HEREDIA

Jurista, Politólogo y Técnico de Inserción Laboral de Administración Local en el Ayuntamiento de Salar (Granada)

RESUMEN: El presente estudio aborda si, en relación a la legalidad y jurisprudencia actual, es procedente remunerar al personal laboral cuya contratación proviene de una actividad subvencional en materia de políticas activas de empleo de forma distinta al resto del personal laboral, o si, por el contrario, esta diferencia salarial encuentra su justificación en el contexto de la actividad subvencional de la que deriva la motivación de dicha relación laboral. Para ello se abordan las principales perspectivas legales y jurisprudenciales. Dado que las entidades locales han sido las que más problemáticas han encontrado en este aspecto, se profundiza con una perspectiva específica para dichas administraciones.

PALABRAS CLAVE: Subvención, relación laboral, política activa de empleo, desempleo, retribución.

SUMARIO:

1. Introducción.
2. Políticas activas de empleo, y su relación con la actividad subvencional.
3. La intervención de los entes locales en materia de empleo.
4. La contratación como personal laboral temporal de los destinatarios y sus retribuciones.
5. Conclusiones y reflexión del autor.
6. Bibliografía, jurisprudencia y normativa aplicable.

1. INTRODUCCIÓN

La contratación de personal en las administraciones públicas, principalmente en el ámbito local, se conforma como un fenómeno de gran relevancia jurídica y política. Esto se ha visto incrementado en los últimos años al amparo de la ejecución de programas de activación del empleo, financiados a través de distintas subvenciones públicas, tanto de procedencia estatal como autonómica. En este contexto, los programas de empleo implementados para la promoción de la inserción laboral de colectivos especialmente vulnerables o con dificultad de acceso al mercado laboral han otorgado a las entidades locales un papel instrumental clave en la ejecución de las políticas de empleo citadas.

No obstante, la modalidad de contratación subvencionada por otros entes administrativos ha suscitado una gran problemática en su ámbito, sobre todo en lo referido al régimen jurídico de aplicación a las relaciones laborales derivadas de tales contrataciones y, en particular, en lo relativo al sistema retributivo.

Por otro lado, La falta de una guía normativa homogénea que armonice las disposiciones administrativas dictadas por los órganos estatales y autonómicos con las realidades y capacidades a las que se enfrentan os entes locales, ha dado lugar a disparidad de criterios, conflictos de competencias y un gran enfrentamiento en cuanto a la determinación de las condiciones salariales del personal laboral contratado con cargo a dichas ayudas.

La cuestión cobra especial relevancia en cuanto a la igualdad en las condiciones de trabajo, así como la coherente aplicación del régimen jurídico laboral general, en particular el Estatuto de los Trabajadores, teniendo en cuenta lo reatado en la articulación de bases de concesión de las subvenciones y su alineación con la negociación colectiva local. Así pues, reluce un debate complicado entre la autonomía de los entes locales, la legalidad presupuestaria, los conceptos subvencionables, y la necesidad de alineamiento con condiciones laborales adecuadas, reduciendo en lo posible el riesgo de vulneración de derechos laborales a causa de discriminaciones retributivas injustificadas.

Desde esta perspectiva, el estudio del régimen jurídico de las retribuciones de este personal no solo es pertinente y necesario, sino fundamental, en atención a la inseguridad jurídica que refleja tanto a los entes locales beneficiarios como a los trabajadores afectados. Se establece en el presente, y a consecuencia, una reflexión crítica del autor tras el análisis que se efectuará conforme a la normativa, resoluciones administrativas y judiciales de pertinente aplicación, teniendo en cuenta las posibles estrategias de mejora con el fin de garantizar una aplicación homogénea y clara en este ámbito específico.

El presente estudio se enmarca en un contexto de desempleo que desde la crisis del COVID-19 se ha venido incrementando, en palabras de MOLINA BELMONTE, RUIZ PEÑALVER, CAMACHO BALLESTA Y RODRÍGUEZ MOLINA (2024): *«Las medidas implementadas han sido cruciales para conservar puestos de trabajo en el corto plazo y los países beneficiarios, entre ellos, España, han implementado una serie de programas que han permitido ser un “colchón” para todas las personas que han visto mermado su empleo durante la pandemia, pero ahora es el momento de transformar y dinamizar el mercado de trabajo»*¹

2. LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO, Y SU RELACIÓN CON LA ACTIVIDAD SUBVENCIONAL

Es fundamental exponer los principales caracteres de las políticas activas de empleo, así como el papel que juegan en las mismas las entidades locales para poder entrar en el fondo de la cuestión objeto de estudio, por ello, en el presente estudio se abordará, de forma muy sucinta, en primer lugar esta cuestión.

El artículo 1 de la Ley 3/2003, de 28 de febrero, de Empleo, establece que:

«el marco de ordenación de las políticas públicas de empleo y regula el conjunto de estructuras, recursos, servicios y programas que integran el Sistema Nacional de Empleo. Tiene por objetivo promover y desarrollar la planificación,

¹ En el mismo estudio, estos autores afirman que de los resultados finales se extrae que no existe una relación directa entre el gasto destinado a PAE y la mejora en los datos del paro, siendo necesaria una distribución más funcional de las mismas.

coordinación y ejecución de la política de empleo y garantizar el ejercicio de los servicios garantizados y la oferta de una adecuada cartera de servicios a las personas o entidades demandantes de los servicios públicos de empleo, a fin de contribuir a la creación de empleo y reducción del desempleo, mejorar la empleabilidad, reducir las brechas estructurales de género e impulsar la cohesión social y territorial.»

El ámbito de la legislación de promoción del empleo se encuentra delimitado. A excepción de Ceuta y Melilla, todas las comunidades autónomas tienen transferidas las competencias ejecutivas en esta materia, aunque la regulación de las relaciones laborales sigue siendo competencia exclusiva del Estado, según lo dispuesto en el artículo 149.7 de nuestra Carta Magna (CE, en adelante) y en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante).

Por otro lado, es necesario hacer referencia a la Ley 4/2004, que crea el Servicio Andaluz de Empleo ². Este organismo gestiona la ejecución y promoción de las políticas de empleo en el marco de las competencias estatales y las recogidas en el Estatuto de Autonomía de Andalucía, transferidas a través de los mecanismos correspondientes. No obstante, el Estado ha implementado de forma continua planes de promoción de empleo, especialmente en el ámbito juvenil, como refleja el Real Decreto-ley 6/2016, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, como parte fundamental de estas políticas.

A continuación, y en un contexto de pandemia, que agravó aún más la situación de desempleo de la sociedad, los Fondos Next Generation, y el Plan de Transformación y Resiliencia (Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y Decreto-ley 27/2021, de 14 de diciembre, por el que se aprueban con carácter urgente medidas de empleo en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia para Andalucía) han propiciado la inyección de fondos, mediante los cuales se han articulado

² Es importante destacar que se ha seleccionado el caso de Andalucía a modo de ejemplo, de esta forma podría entenderse extendida en términos similares esta distribución al resto de regiones.

multitud de subvenciones para promover el empleo y la inserción laboral, a través de programas en los que han tomado parte tanto el Estado como las Comunidades Autónomas en sus correspondientes esferas competenciales.

3. LA INTERVENCIÓN DE LOS ENTES LOCALES EN MATERIA DE EMPLEO

Las entidades locales, en su potestad de auto-organización predicada en el artículo 4.a) de la Ley 7/1985 de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local, (LRBRL, en adelante), y como principales beneficiarias de tales programas para sus ciudadanos, ejercen funciones de control y formación en torno a los objetivos fijados en la planificación estratégica municipal, en un contexto de desempleo, y en consonancia con las políticas estatales y autonómicas, a través de sus correspondientes servicios de empleo y formación [art. 4.c) de la LRBRL], y en aras de la cooperación y coordinación administrativa, tal y como se establece en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en el artículo 140 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del Sector Público en relación con el artículo 9 de la CE.

De esta forma, si bien las entidades locales no ostentan competencias en materia de empleo propiamente dichas (falta de atribuciones), al constituirse como la administración más cercana al ciudadano, se han convertido en los principales beneficiarios de subvenciones en materia de políticas activas de empleo, propiciando la creación y promoción en los servicios de formación para el empleo de los ayuntamientos, como entes cooperadores fundamentales en la implementación de dichas políticas, a este propósito resulta fundamental la obra de Luis Enrique de la Villa Gil (2023) comentando los conflictos de competencias que al respecto desembocó en la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2018, de 21 de junio de 2018 y que es

fundamental para la comprensión competencial respecto a las políticas de formación para el empleo.³

4. LA CONTRATACIÓN COMO PERSONAL LABORAL TEMPORAL DE LOS DESTINATARIOS Y SUS RETRIBUCIONES

Es importante señalar que, aunque la contratación esté motivada por el otorgamiento de una determinada subvención por parte de un ente con competencias en materia de políticas activas de empleo, esta actividad solo vincula a la entidad beneficiaria (Ayuntamiento) y a la administración otorgante⁴.

Por ejemplo, podemos citar el Plan Joven Ahora de la Junta de Andalucía, cuyas bases reguladoras se regulaban en la Orden de 2 de junio de 2022 (BOJA N.º 109, de 09/06/2022)⁵. Dicha orden establece que el mecanismo de contratación se llevará a cabo conforme a las disposiciones del ET, y es claro que la norma menciona que las retribuciones de los trabajadores se determinarán mediante la aplicación de las tablas establecidas en el convenio colectivo correspondiente (art. 26 del ET).

Otros programas subvencionales, como el reciente Programa Emplea-T en su línea 7, también han remitido a la legislación laboral en lo relativo al régimen jurídico aplicable a los Ayuntamientos beneficiarios. Si bien este ha resultado ser más preciso (como en su día lo fue el Programa de Primera Experiencia Profesional en las Administraciones Públicas, conforme al artículo 4 de sus bases reguladoras⁶) remitiéndose a la figura del contrato en prácticas para la obtención de experiencia profesional, prevista en el artículo 11.3 del Estatuto de los Trabajadores, dicha solución

³ A este respecto el profesor FRANCISCO VILA TIerno (2017) en el capítulo «Las Competencias de Empleo en el ámbito Local La Regulación en España» de la obra «Las Políticas de Empleo en el ámbito Local. Especial Atención a Colectivos Desfavorecidos: Jóvenes, Mayores y Discapacitados», también menciona la capacidad ejecutoria que los entes locales ostentan en materia de políticas activas de empleo, a pesar de su ausencia de atribuciones a través de mecanismos de cooperación y coordinación administrativa.

⁴ Las administraciones otorgantes pueden ser diversas, la norma general y que propugna el Plan de Transformación, Recuperación y Resiliencia es la distribución equitativa a través de los servicios de empleo de las distintas comunidades autónomas, no obstante también pueden otorgarse en un contexto estatal.

⁵ El plan Joven Ahora, según la exposición de motivos de la orden que regula sus bases reguladoras expone que entre sus retos se encuentra «el apoyo al empleo en el ámbito local como factor estratégico de desarrollo socioeconómico local. Son los mercados locales de empleo los que mayor dinamismo muestran a la hora de generar oportunidades de empleo y ajustar los perfiles profesionales a los sectores generadores de empleo, gracias, en parte, al mayor conocimiento del mercado laboral que la proximidad genera. Además, son la vía de contacto directo con la ciudadanía y sus necesidades. Y producen sinergias que facilitan dinámicas de crecimiento más allá de sus límites territoriales.»

⁶ <https://www.boe.es/boe/dias/2021/10/26/pdfs/BOE-A-2021-17436.pdf>

únicamente resuelve el problema en aquellos entes locales que disponen de un instrumento de negociación colectiva adecuado. Sin embargo, no resulta eficaz en aquellos casos en los que dicho instrumento aún no ha sido implementado.⁷

Sin embargo, aunque de dichas bases reguladoras no se extrajera expresamente la remisión al ET, se puede deducir, pues para la empleabilidad pública solo caben dos opciones (personal funcionario o laboral).

Por la naturaleza de la contratación, no podemos referirnos a los funcionarios públicos, sino al personal laboral. Esta interpretación se extrae de las disposiciones del Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en adelante TREBEP, arts. 3 y 7).

En primer lugar, vamos a citar la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 758/2019, de 7 de noviembre. En dicha resolución se abordaba un supuesto de desigualdad salarial respecto de un empleado contratado a raíz de un programa de empleo subvencionado.

El actor afirmaba que se había producido un trato diferente en su remuneración respecto a otros empleados públicos en las mismas tareas y funciones, percibiendo una cuantía similar al Salario Mínimo Interprofesional. La entidad local se amparaba en la actividad subvencional que dio lugar a su contratación.

El alto tribunal clarificó diversas cuestiones. No obstante, aquí nos referiremos al Fundamento Jurídico Cuarto, del que se desprende el siguiente tenor literal:

«...el Ayuntamiento empleador, aunque contratase en el marco de una normativa que tenía por objeto promover el empleo joven, tuvo que recurrir a alguna de las modalidades contractuales establecidas en el ET y a esta norma hubo de atenerse para establecer los derechos y obligaciones de la relación laboral. No obstante, repetimos, el Ayuntamiento no podía ampararse en una norma autonómica dictada por una Comunidad Autónoma que carece de competencia para regular las

⁷ La letra I) del artículo 11.3 del ET menciona que «En ningún caso la retribución podrá ser inferior a la retribución mínima establecida para el contrato para la formación en alternancia ni al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo»

relaciones laborales. En definitiva, el Ayuntamiento olvidó que la subvención, como su nombre indica, es solo una ayuda económica para el mantenimiento de una actividad y el fomento del empleo en este caso, pero no una excusa para incumplir la normativa laboral en materia de retribuciones. »

Por un lado, debemos analizar la consideración de la «*relación laboral*» en su motivación esencial, y por otro, presentar los fundamentos de la siguiente manera:

- a) La modalidad subvencional remite al ET para la regulación de la contratación del personal seleccionado y, por tanto, no puede garantizarse su cumplimiento en algunos aspectos (como la modalidad de contratación) y en otros no (salarios).
- b) El ET es la norma reguladora por excelencia de las relaciones laborales (salvo aquellas profesiones que poseen una regulación específica, las cuales no son objeto del presente estudio⁸). Por tanto, no puede aplicarse otra norma que no cubra su ámbito de aplicación, debiendo aplicarse el correspondiente convenio colectivo conforme a sus disposiciones.
- c) Ninguna norma autonómica ostenta competencias para regular las relaciones laborales, ya sea de naturaleza reglamentaria (como en el caso de subvenciones) o legislativa, ya que, en consonancia con el artículo 149.7 de la CE, la regulación de las relaciones laborales es competencia exclusiva del Estado.
- d) La subvención vincula exclusivamente a la administración beneficiaria con la otorgante. Alegar una relación jurídica ajena para justificar una desigualdad retributiva constituye una actuación contraria a los derechos de los trabajadores.

⁸ Así pues, de las funciones laborales asignadas a estos empleados, no puede deducirse que se encuentren en una relación laboral de carácter especial ni que les sea de aplicación un régimen jurídico distinto, más allá del acceso mediante los principios de igualdad, mérito y capacidad inherentes al empleo público.

Tras esta resolución, el Tribunal Supremo se ha pronunciado de nuevo, más concretamente en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 935/2020, de 22 de octubre, en la que se establece que:

«...De la doctrina de esas sentencias se deriva que la sentencia recurrida olvida que el Decreto Ley 9/2014 de 15 de julio, de la Junta de Andalucía no es fuente de la relación laboral, ni podía serlo, aunque tuviera tal vocación, que no la tiene, dada la reserva que a la legislación estatal confiere el artículo 149.7 CE. Como allí dijimos: ... el Ayuntamiento empleador, aunque contratase en el marco de una normativa que tenía por objeto promover el empleo joven, tuvo que recurrir a alguna de las modalidades contractuales establecidas en el ET y a esta norma hubo de atenerse para establecer los derechos y obligaciones de la relación laboral". Sin que, repetimos, se pudiese amparar en una norma autonómica dictada por una Comunidad Autónoma que carece de competencia para regular las relaciones laborales. En definitiva el Ayuntamiento olvidó que la subvención, como su nombre indica, es sólo una ayuda económica para el mantenimiento de una actividad y el fomento de empleo en este caso, pero no una excusa para incumplir con la normativa laboral en materia de retribuciones... Lo que en definitiva decimos en la STS 7/11/2019 (referida anteriormente), y debemos repetir ahora, es que, existiendo en este caso un Convenio Colectivo propio para el personal laboral del Ayuntamiento demandado, la retribución debe ajustarse a lo contemplado en el mismo para los trabajadores de su misma categoría profesional, sin que pueda obstar a ello el hecho de que en aquel Plan de empleo pudiese contemplarse una cuantía inferior como ayuda o subvención del puesto de trabajo...»

También se ha introducido por multitud de convenios colectivos una remuneración específica para este tipo de personal, la cual no ha sido muy bien acogida por nuestros tribunales, así lo expone el Fundamento Jurídico Tercero de la primera sentencia citada:

«En la demanda se pidió el abono de las diferencias salariales existentes entre lo cobrado y lo que debería haber cobrado si se hubiese aplicado el convenio colectivo de la entidad municipal a la que prestó servicios, donde se excluía de su ámbito subjetivo de aplicación a los contratados para programas o convenios de fomento de

empleo. La sentencia de instancia desestimó la demanda, pero la referencial la estimó, al entender que la disposición convencional excluyente antes referenciada. No era aplicable porque el caso juzgado quedaba fuera de ella, ya que no se trataba de un convenio con otra institución y porque no era lógico excluir del convenio colectivo a trabajadores contratados con base en subvenciones concedidas por administraciones públicas, pues se violaría el principio de igualdad.»

Por otro lado, no se discute qué convenio colectivo es de aplicación, pues sin importar el puesto ni las funciones que realice el trabajador, es aplicable la jurisprudencia relativa a la «*unidad de convenio*».

De esta forma, el alto tribunal (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 729/2023, de 10 de octubre, entre otras) establece que se aplica el mismo para toda la entidad; no obstante, se aplican excepciones a este principio cuando en una misma empresa se lleven a cabo actividades muy diferenciadas (CEF, 2008).

Si se determinara que son de aplicación las retribuciones íntegras establecidas para el personal laboral ordinario de la entidad, es necesario aclarar a qué retribución de puesto (categoría profesional) estaría asimilado el salario, aplicando el artículo 22 del ET, relativo al sistema de clasificación profesional, pues es evidente que pueden crearse puestos para estas contrataciones que no encuentren homólogo con las categorías establecidas, ateniéndose a las funciones propias de la actividad laboral.

No obstante, independientemente de si existe o no convenio en la corporación, el principal problema que suele emerger en estas situaciones es la desigualdad salarial respecto a puestos similares de plantilla de la propia entidad; por lo tanto, poco importa aquí lo que disponga el convenio, pues aunque existiera una disposición expresa en el convenio que regulase las remuneraciones de los trabajadores provenientes de programas de empleo, esta podría resultar discriminatoria si existen trabajadores de plantilla que perciben mayores remuneraciones por las mismas funciones.

De esta forma, se concluye que ni siquiera la desigualdad retributiva prevista en convenio colectivo para puestos similares, justificando tal diferencia en una actividad subvencional, podría prosperar.

Las consecuencias de esta actividad pueden llevar a procedimientos judiciales sobre reclamación de salarios conforme a la normativa laboral y a las normas procesales de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

5. CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN DEL AUTOR

De lo expuesto se extraen varias conclusiones.

En primer lugar, y en relación a si las cuantías salariales del personal laboral contratado como consecuencia del otorgamiento de subvenciones a las entidades locales para promover la inserción laboral pueden ser menores a las establecidas para el personal laboral ordinario de la misma entidad en su convenio colectivo de aplicación, se debe apreciar negativamente, conforme a la legalidad y jurisprudencia que se ha estudiado, además es el autor quiere señalar la falta de unificación de criterios que impiden la aplicación de un adecuado régimen por parte de los entes beneficiarios.

En segundo lugar, y en relación a si, en caso de que el convenio colectivo de la entidad establezca una remuneración específica para el personal que derive de tal actividad subvencional, podría llevarse a cabo lo expuesto en la conclusión anterior, apreciándolo, de igual forma, negativamente al incurrir en desigualdad salarial no justificada, según lo dispuesto en las consideraciones anteriores y, más concretamente, en la jurisprudencia citada. En este punto se quiere hacer una puntualización, y es que la justificación debe tener una conexión directa con las funciones a desarrollar, pudiendo incurrir en discriminación salarial.

En tercer lugar, y relativo a la aplicación de otra norma de negociación colectiva que regule la relación laboral de este personal, no se discute qué convenio colectivo es de aplicación, pues, indistintamente del puesto y las funciones que realice el trabajador, es predicable la jurisprudencia relativa a la unidad de convenio, la cual establece que se aplica el mismo para toda la entidad, salvo las excepciones que la propia jurisprudencia laboral recoge sobre la posibilidad de aplicar más de un convenio. No obstante, y como se ha mencionado, la regulación específica dentro del ámbito del convenio para estos

trabajadores no justifica una diferencia retributiva si las funciones que realizan son similares a las de parte del personal de plantilla de la corporación. En otras palabras: ni la corporación puede basarse, a efectos salariales, en las bases reguladoras subvencionales, ni el convenio de aplicación puede remitir a ellas con objeto de justificar diferencias retributivas respecto del personal de plantilla, a este respecto cabe destacar entre muchas otras la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 316/2014, de 27 de noviembre.

En cuarto y último lugar, en lo referente a las posibles consecuencias que podrían derivarse de la diferencia de trato en las retribuciones en el supuesto analizado, se aprecia que pueden ser objeto de reclamación los salarios pendientes sobre la cuantía remuneratoria asignada a ese puesto en el convenio colectivo de aplicación al personal laboral ordinario de la entidad, atendiendo a la interpretación de las funciones específicas del puesto para encontrar un grupo profesional asimilable, en caso de que no exista uno específico o equivalente, y, como mínimo, al del puesto con la retribución más baja que señale el instrumento de negociación colectiva. Esto se tramitaría por los cauces dispuestos en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, al resultar esta competente en los conflictos laborales del personal laboral.

Como se ha podido observar, la temática aquí abordada genera una notable inseguridad jurídica. A juicio de este autor, ello se debe, fundamentalmente, a la falta de homogeneidad en la configuración de un régimen jurídico claro y coherente que se complemente adecuadamente con las políticas activas de empleo. Por otro lado, resulta necesario establecer una clara diferenciación entre las consecuencias derivadas de la relación subvencional y aquellas propias de la relación laboral que vincula al trabajador con la corporación local, ya que, aunque en algunos aspectos pueden coincidir, en otros difieren sustancialmente, lo que conlleva un evidente aumento del riesgo de perjuicios tanto para la administración como para el propio trabajador.

6. BIBLIOGRAFÍA, JURISPRUENCIA Y NORMATIVA APLICABLE

Obras doctrinales:

MOLINA BELMONTE, J., RUIZ PEÑALVER, S. M., CAMACHO BALLESTA, J. A., & RODRÍGUEZ MOLINA, M. *Los fondos Next Generation UE y las políticas activas de empleo en las regiones españolas: un análisis comparativo*. IREP, 4 (1). 2024. Págs. 99-124. Recuperado de: <https://doi.org/10.7203/IREP.4.1.24850> . Consultado: 13 de marzo de 2025.

VILLA GIL, L.E. “La formación profesional para el empleo (Comentario a la Sentencia 71/2018, del Tribunal Constitucional)”, en: *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, vol. 3, N ° especial, 2023, págs. 335-343. Recuperado de: <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/892>. Consultado el 12 de abril de 2025.

VILA TIERNO, F (2017). “Las Competencias de Empleo en el ámbito Local. La Regulación en España”, en: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. (DIR.), & VILA TIERNO, F. (COORD.). *Las políticas de empleo en el ámbito local. Especial atención a colectivos desfavorecidos: jóvenes, mayores y discapacitados* (2017). Págs. 13-30. Proyecto DER-2015-63701-C3-2R. Grupo PAIDI SEJ 347. Asociación M. Estudios e Investigaciones Sociales. Contrato de Investigación Diputación-Universidad de Málaga (Ref.-8.07/5.80.3363-13). Ed. 1. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=705541> . Consultado: 13 de marzo de 2025.

CEF. (2008). *Criterios prácticos para la aplicación de un convenio colectivo*. Cuestiones a Debate, (55).
<https://revistas.cef.udima.es/index.php/rtss/article/download/5569/5017/11029>.

Normativa utilizada:

Constitución Española de 1978. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229> .

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. «BOE» núm. 80, de 03/04/1985.

Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-5392>.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. «BOE» núm. 236, de 02/10/2015. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565>

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. «BOE» núm. 236, de 02/10/2015.

Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566>.

Ley 3/2003, de 28 de febrero, de Empleo. «BOE» núm. 51, de 01/03/2003.

Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-5365>.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. «BOE» núm. 255, de 24/10/2015. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE--A-2015-11430>.

Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de Creación del Servicio Andaluz de Empleo. «BOE» núm. 10, de 11 de enero de 2003. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-707-consolidado.pdf>.

Orden de 2 de junio de 2022, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia no competitiva, de la Iniciativa para la Promoción del Empleo Juvenil en el Ámbito Local (Joven Ahora). Recuperado de <https://www.juntadeandalucia.es/boja/2022/109/1#descargas>.

Orden de 3 de octubre de 2024, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia no competitiva, para la inserción laboral y el fomento de la contratación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Programa Emplea-T. Recuperado de https://www.juntadeandalucia.es/boja/2024/197/BOJA24-197-00041-51790-01_00308739.pdf .

Resolución de 22 de octubre de 2024, de la Dirección General de Incentivos para el Empleo y Competitividad Empresarial, por la que se convoca, para el año 2024, la concesión de subvenciones de las Líneas 1, 2, 4 y 7 reguladas en la Orden de 3 de octubre de 2024, por la que se aprueban las bases reguladoras

para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia no competitiva, para la inserción laboral y el fomento de la contratación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Programa Emplea-T. Recuperado de https://juntadeandalucia.es/boja/2024/209/BOJA24-209-00117-52901-01_00309850.pdf.

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. «BOE» núm. 261, de 31/10/2015.

Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11719>.

Orden TES/1152/2021, de 24 de octubre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas, destinadas a la financiación del «Programa de primera experiencia profesional en las administraciones públicas», de contratación de personas jóvenes desempleadas en el seno de los servicios prestados por dichas administraciones públicas, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2021/10/26/pdfs/BOE-A-2021-17436.pdf>.

Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y Decreto-ley 27/2021, de 14 de diciembre, por el que se aprueban con carácter urgente medidas de empleo en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia para Andalucía. «BOE» núm. 341, de 31 de diciembre de 2020, páginas 126733 a 126793 (61 págs.).

Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-17340>.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. «BOE» núm. 245, de 11/10/2011.

Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15936>.

Jurisprudencia:

Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2018, de 21 de junio de 2018.

Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-10513>.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 758/2019, de 7 de noviembre. Recuperado de <https://vlex.es/vid/829384181>.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 729/2023, de 10 de octubre <https://vlex.es/vid/950141100>.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 935/2020, 22 de octubre de 2020 <https://vlex.es/vid/852172738> .

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 316/2014, de 27 de noviembre.

Recuperado de:

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/74e8c834f87a0bce/20160111>.

ABREVIATURAS:

ET: Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

CE: Constitución Española de 1978.

TREBEP: Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

LRBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.