QDL 60

Octubre de 2022 · Cuadernos de Derecho Local

EL EMPLEO PÚBLICO LOCAL

FUNDACIÓN
DEMOCRACIA
Y GOBIERNO LOCAL

QDL60

Octubre de 2022 · Cuadernos de Derecho Local

EL EMPLEO PÚBLICO LOCAL

FUNDACIÓN
DEMOCRACIA
Y GOBIERNO LOCAL

La revista *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* está presente en las siguientes bases de datos:

LATINDEX (http://www.latindex.org/latindex/ficha?folio=21551)

DICE (http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1696-0955)

DIALNET (https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=3400)

BASE DE DATOS ISOC

Edición

© Fundación Democracia y Gobierno Local

Rambla de Catalunya, 126 - 08008 Barcelona

Fernando el Santo 27, bajo A - 28010 Madrid

Producción

Estugraf Impresores S.L.

Corrección y revisión de textos

María Teresa Hernández Gil

Depósito legal: B-4681-2002

ISSN: 1696-0955 (papel) \ 2695-6101 (digital)

Foto de cubierta: iStockphoto LP

La revista *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*) fue fundada en 2002, y desde entonces viene publicándose, ininterrumpidamente, cada cuatrimestre.

CONSEJO CIENTÍFICO

Presidente: Luciano Parejo Alfonso, *Universidad Carlos III de Madrid*

Manuel Aragón Reyes, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, *Tribunal Supremo*
Javier Barnés Vázquez, *U. de Huelva*
Miguel Beltrán de Felipe, *U. de Castilla-La Mancha*
Francisco Cacharro Gosende, *Diputación de Ourense*
Eduardo Calvo Rojas, *Tribunal Supremo*
Teresa Carballeira Rivera, *U. de Santiago de Compostela*
José Miguel Carbonero Gallardo, *Diputación de Granada*
José Luis Carro Fernández-Valmayor, *U. de Santiago de Compostela*
Carmen Chinchilla Marín, *U. de Alcalá*
Jesús Colás Tenas, *Diputación de Zaragoza*
Diego Córdoba Castroverde, *Tribunal Supremo*
Javier Delgado Barrio, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, *U. Complutense*
Rafael Fernández Montalvo, *Tribunal Supremo*
Tomàs Font i Llovet, *U. de Barcelona*
Josep Ramon Fuentes i Gasó, *U. Rovira i Virgili*
Pablo García Manzano, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *U. Complutense*
Juan Miguel Massigoge Benegiu, *exmagistrado TSJ Madrid*
Joan Mauri Majós, *U. de Barcelona*
Segundo Menéndez Pérez, *Tribunal Supremo*
Josep Mir Bagó, *U. Pompeu Fabra*
María Jesús Montoro Chiner, *U. de Barcelona*
Alejandro Nieto García, *U. Complutense*
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *U. da Coruña*
Domènec Sibina Tomàs, *U. de Barcelona*
Joaquín Tornos Mas, *U. de Barcelona*
Francisco Velasco Caballero, *U. Autónoma de Madrid*
Juan Antonio Xiol Ríos, *Tribunal Constitucional*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Director: Alfredo Galán Galán, *Universidad de Barcelona*

Secretario: Gustavo Manuel Díaz González, *Universidad de Oviedo*

Coordinadora: Petra Mahíllo García, *Diputación de Barcelona*

Vocales: Marcos Almeida Cerreda, *U. de Santiago de Compostela*
Mónica Álvarez Fernández, *U. de Oviedo*
Antonio Arroyo Gil, *U. Autónoma de Madrid*
M. Mercè Darnaculleta Gardella, *U. de Girona*
Antonio Descalzo González, *U. Carlos III de Madrid*
Ricard Gracia Retortillo, *U. de Barcelona*
María Hernando Rydings, *U. Rey Juan Carlos*
Agustín Iriondo Colubi, *Consejo Consultivo de Asturias*
Cayetano Prieto Romero, *Comunidad de Madrid*
Diana Santiago Iglesias, *U. de Santiago de Compostela*
Sofía Simou, *U. Autónoma de Madrid*
Francisco Toscano Gil, *U. Pablo de Olavide*

QDL60

ESTUDIOS

I. Sección monográfica
El empleo público local

14 Planificación y acceso al empleo público local · BELÉN MARINA JALVO Y JAVIER RODRÍGUEZ VILLANUEVA

48 Los procesos de estabilización en la Administración local · JESÚS FUENTETAJA PASTOR

70 Medidas de prevención y sanción del abuso de la temporalidad en el ámbito local · JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

122 El personal eventual. Encuadramiento de una figura polémica en la Administración local · JAVIER GARCÍA LUENGO

151 La dirección pública profesional en los Gobiernos locales. Marco general y análisis de dos regulaciones autonómicas: Euskadi y Cataluña · RAFAEL JIMÉNEZ ASENSIO

198 El impacto de la reforma laboral en los entes locales · ALFONSO ESTEBAN MIGUEL

226 Negociación colectiva y función pública local · JOAN MAURI MAJÓS

II. Sección general

270 La incompatibilidad del artículo 178.2.b) LOREG entre los cargos de concejal y empleado de una misma entidad local: una difícil ponderación de intereses constitucionales · JAIME CLEMENTE MARTÍNEZ

Índice

El teletrabajo en la Administración pública: un modelo para el sector público y la comparativa con la regulación del sector privado · JOSEP RAMON FUENTES I GASÓ Y XAVIER BOLTAINA I BOSCH 295

PONENCIAS, CRÓNICAS Y NOTAS

Encargos de gestión versus encomiendas de gestión · CARMEN ALONSO HIGUERA 344

Tribunal Supremo y Gobiernos locales: últimas novedades jurisprudenciales · JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT 390

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo (de 1 de junio a 30 de septiembre de 2022) · VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ 426

CRÓNICA CONSULTIVA

La modificación del planeamiento urbanístico cuando afecta a zonas verdes o espacios libres públicos, a la luz de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears. La posición del Consejo Consultivo de las Illes Balears · MARÍA BALLESTER CARDELL 474

Doctrina sobre la instalación de crematorios en suelo industrial o dotacional · PABLO BAQUERO SÁNCHEZ 488

ESTUDIOS

I. Sección monográfica. El empleo público local

Planificación y acceso al empleo público local

Belén Marina Jalvo[1]
Profesora titular de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

Javier Rodríguez Villanueva
Técnico de Administración General de Contratación. Ayuntamiento de Coslada

1. Planificación
1.1. La planificación en materia de empleo público
1.2. La planificación de los recursos humanos en la Administración local
1.3. Una oportunidad de avanzar en planificación para las entidades locales
1.4. Posibilidades de optimización; nuevos instrumentos de gestión y uso intensivo de los ya disponibles

2. Acceso al empleo público local
2.1. Consideraciones previas
2.2. Los procesos de estabilización del empleo temporal. Una modalidad singular de acceso al empleo público
2.3. Los sistemas selectivos. En especial, tipos y contenido de las pruebas selectivas
2.4. Los procesos selectivos y los órganos de selección
2.4.1. La gestión de los procesos selectivos
2.4.2. Los órganos de selección. Profesionalidad, especialización y estabilidad

3. Bibliografía

Resumen

La actividad de planificación en materia de empleo público tiene un gran potencial como catalizador de la transformación requerida para el cumplimiento de nuevos objetivos. En la Administración local son pocos los

Artículo recibido el 14/09/2022; aceptado el 03/10/2022.

1. Los apartados relativos a la planificación han sido redactados por Javier Rodríguez Villanueva, y los correspondientes al acceso al empleo público, por Belén Marina Jalvo.

Planificación y acceso al empleo público son dos materias estrechamente relacionadas entre sí, pero también claramente diferenciadas y con entidad propia. Esta circunstancia, así como la diversidad y la complejidad de las cuestiones a tratar en cada uno de los ámbitos señalados, explican la doble autoría del trabajo.

ejemplos de planificación en materia de empleo público, pero el compromiso internacional adquirido por el Estado en el marco de la Agenda 2030, que demanda la intervención de las entidades locales, supone una oportunidad excepcional para implementarla en aquellas donde aún no exista y optimizar su contenido y rendimiento en las más adelantadas.

La planificación en materia de empleo público es un instrumento válido para determinar las necesidades de personal en cada Administración pública, y para ordenar adecuadamente la selección del mismo.

Por otra parte, la selección del personal idóneo del que las Administraciones locales deben dotarse para hacer frente a nuevas necesidades requiere mejorar determinados aspectos de las pruebas selectivas.

A su vez, para la selección del personal adecuado y para la gestión correcta y ágil de los procesos selectivos es preciso contar con órganos de selección debidamente capacitados al efecto.

Palabras clave: *planificación; Agenda 2030; gestión de los procesos selectivos; órganos de selección; pruebas selectivas.*

Planification and access to public employment in local authorities

Abstract

Planification in public employment has great potential as a catalyst for the transformation required to fulfill new objectives. In public local administrations, there are few examples of planning in the field of public employment, but the international commitment acquired by Spain under the framework of the 2030 Agenda, which requires the intervention of local entities, represents an exceptional opportunity to implement planification in those cases where still it does not exist and reinforce the already existing experiences. Planification in public employment is a valid instrument to determine the personnel needs in each public administration, as well as a form of regulating its selection. In this line, the selection processes can be improved to select better personnel. Moreover, it is necessary to articulate selection bodies dully trained for the purpose of improving the selection processes.

Keywords: planification; Agenda 2030; selection processes; selection bodies; selection exams.

1
Planificación

1.1
La planificación en materia de empleo público

En palabras de la Comisión de Expertos para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público (2005: 71), la planificación[2] de los recursos humanos es la actividad que posibilita medidas que se dirigen a dimensionar los efectivos de personal (incluyendo su reasignación), a la incorporación de recursos adicionales, a mejorar la formación y la capacitación, facilitar la promoción y la movilidad del personal, u otros que se estimen apropiados (punto VI.26). La definición de estos expertos, no obstante, es aproximativa por ejemplificación, incompleta y abierta. El texto final del Estatuto Básico del Empleado Público, ahora contenido en el texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 30 de octubre (en adelante TREBEP), asumió parcialmente la visión, pero únicamente la incorporó en cuanto a los objetivos a alcanzar y los medios para ello. Así, el apartado 1 del artículo 69 dispone lo siguiente:

> "La planificación de los recursos humanos en las Administraciones Públicas tendrá como objetivo contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad".

El legislador básico no incluyó ninguna definición y defirió la misma, para el caso de desearlo, a las legislaciones autonómicas. Sin embargo, el desarrollo normativo de los legisladores autonómicos en este ámbito no ha aportado nada novedoso. La dificultad de concreción de un concepto tan abstracto y amplio ha podido ser una de las causas. La actividad de planificación tiene un gran potencial transformador, pero se necesita un conocimiento profundo de la misma para comprenderla y entender cómo ejecutarla. Se ha perdido así una segunda oportunidad de articular adecuadamente esta actividad.

2. La planificación como una actuación administrativa ha sido pacíficamente asumida por la doctrina. Destaca De la Quadra-Salcedo (2016), para quien la clasificación de formas de actuación administrativa clásica de Jordana de Pozas basada en tres categorías –policía, fomento y servicio público– debe entenderse ampliada por la constatación de nuevas formas como, por ejemplo, la actividad de planificación.

Pero ¿qué se debe entender por actividad de planificación?; ¿y, concretamente, por actividad de planificación de los recursos humanos?[3]

Sin entrar en un análisis de las diferentes definiciones doctrinales que no es el objeto de este trabajo[4], por sencilla, clara y sintética basta con quedarse con la contenida en la exposición de motivos del Plan de Ordenación de los Recursos Humanos del Ayuntamiento de Cartagena, de 13 de junio de 2018. En ella se define la planificación en cualquier sector de actividad como una anticipación de los acontecimientos futuros a través de análisis de previsión que ayudan a orientar la adopción de decisiones en un sentido determinado para minimizar los riesgos, de lo que se desprende que la planificación es una actividad de contraste de lo que acontecerá de mantenerse las condiciones actuales o modificarse en un sentido determinado –diferentes contextos presupuestarios, sociales, políticos o sanitarios, entre otros– y los objetivos políticamente determinados para, en caso de no ser coincidentes, adoptar las medidas anticipadas necesarias para que se materialicen estos en resultados, en el momento deseado y de una manera óptima; es decir, una actividad que permite mejorar la capacidad entendida como la habilidad de un individuo o de una organización para desempeñar una tarea de forma eficaz, eficiente y sostenible[5].

Por lo que se refiere al ámbito público, la OCDE, en su Revisión de Gestión Pública para Irlanda, en el año 2008, ha definido dicha capacidad como "capacidad institucional", abarcando la suma de los sistemas organizativos, estructural y técnico, junto a las competencias individuales, en el diseño y en la implementación de políticas públicas. No obstante, un concepto tan amplio resulta muy complejo de abarcar y, por tanto, ha de ser reducido a otros más sencillos para dotarlo de operatividad.

En el empleo público, se ha tendido a restringir esta capacidad a la "capacidad administrativa" o habilidad para gestionar eficientemente los recursos humanos y físicos requeridos para la generación de resultados por parte de los Gobiernos. Coincidimos con González y Navarro (2022: 89) en que dicho

3. Si bien el legislador básico se ha referido siempre –primero en el Estatuto Básico y ahora en el actual texto refundido– a esta actividad como planificación de los recursos humanos, considero más correcto denominarla planificación en materia de empleo público, dado que la misma no únicamente se delimita a los recursos humanos, sino que tiene potencial transformador sobre la estructura y los elementos de gestión del empleo público. Por ello, se adoptará esa terminología en lo sucesivo. Algunos legisladores de desarrollo parecen querer adoptar una terminología similar a la propuesta; así, el art. 17.4 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, de Empleo Público de Castilla-La Mancha habla de planes generales de ordenación del empleo público.

4. Algunas a considerar serían la de Palomar Olmeda (2012: 150) o la de Cuenca Cervera (2010: 83).

5. Como se resume acertadamente en Casado Maestre *et al.* (2018: 125).

concepto tiene una marcada connotación asociada a la gestión y a las competencias necesarias para su desarrollo, mientras el concepto de capacidad institucional se extiende más allá, englobando, incluso, las dinámicas relacionales y políticas en la consecución de los objetivos. Además, y dado que en el momento actual la organización y estructura de cada Administración pública está ya preconfigurada, la planificación en este ámbito se ha circunscrito a la actividad dirigida a dinamizar los elementos estáticos y personales existentes y provisionar los necesarios para la consecución de unas metas prefijadas.

Esta visión es la asumida por el legislador, y de su concepto normativo de planificación en materia de empleo público se pueden extraer las siguientes notas:

a) La planificación es una actividad voluntaria. No existe una obligación legal de llevarla a cabo. Desde la óptica de la efectividad y la eficiencia, quizás, una de las mayores críticas que se pueden hacer al texto del TREBEP es su falta de ambición al regular en su título V esta actividad. Es lo que ocurre, por ejemplo, en la redacción del apartado 2 de su artículo 69, donde únicamente se recoge la posibilidad de que las Administraciones públicas aprueben planes para la ordenación de los recursos humanos con una serie de medidas que se enumeran a continuación.

El legislador básico fue muy precavido, demasiado podría decirse, para garantizar la autonomía del resto de Administraciones llamadas a desarrollar el empleo público, y, en su intento de no vulnerar esta, no impuso, tan solo sugirió, la actividad de planificación como deseable para alcanzar la racionalidad de las estructuras y los efectivos de cada una de las Administraciones públicas[6]. Ahora bien, en la medida en que la planificación incide y determina que se realicen adecuadamente las funciones públicas atribuidas a una Administración (eficacia) y que ello se alcance de manera óptima, lo que incluye la mayor calidad (satisfacción de los intereses generales) con el menor gasto (eficiencia), todo ello en cumplimiento de mandatos constitucionales, es complicado seguir defendiendo su mera concepción voluntaria, y se observa necesaria una reforma para establecer su carácter preceptivo y previo a las medidas reformistas que se propongan[7].

6. Se ha apuntado que el urbanismo ha sido la disciplina jurídica que ha servido de banco de pruebas a la actividad de planificación, y que el carácter jurídico y obligatorio con el que se estableció en él incrementó la desconfianza del legislador para incorporarla con mayor intensidad en el empleo público. No obstante, como comenta Arroyo Yanes (2015: 30), la introducción de la planificación es inevitable, dado que supone la utilización inteligente de las herramientas que se ponen al servicio de la Administración. Para quien escribe, inteligente se refiere a óptimo.

7. Un análisis más completo sobre la conexión entre la planificación en materia de empleo público y la optimización de la estructura organizativa y los instrumentos de gestión

b) La actividad de planificación no se encuentra procedimentalizada. Salvo para determinados ámbitos específicos, como el urbanístico, donde las leyes sectoriales establecen la sucesión de trámites que deben completarse, no existe un procedimiento mínimo común a ella. Por ello, la actividad se ejerce de manera distinta en cada Administración, muchas veces trufada con trámites del procedimiento administrativo común o de otras leyes en materia de transparencia o, incluso, de gobierno que se consideran adecuados. Algunos órganos responsables de su elaboración incluyen trámites de consulta o de información pública previos a la aprobación, que entienden adecuados para mejorar la participación pública; es el caso del Plan de Ordenación de los Recursos Humanos de la Universidad de Málaga 2017-2020. En todo caso, la aprobación definitiva se realizará tras la necesaria negociación en su ámbito respectivo (letra c del apartado 1 del art. 37 del TREBEP).

c) Los productos de la actividad de planificación, los instrumentos que la materializan, si bien denominados "planes", adoptan las más diversas formas: planes, pero, además, acuerdos, programas o pactos, entre otros, sin eficacia jurídica vinculante, siendo meros acuerdos programáticos o estratégicos de la Administración que los adopta. La actividad de planificación debe configurarse como una verdadera actividad jurídica con rasgos propios, como la flexibilidad, y formas jurídicas adecuadas a sus peculiaridades. Quizás, las tradicionales y clásicas no sean adecuadas; así, el derecho comparado puede ser una fuente de inspiración, y en otros Estados y organismos internacionales encontramos las más variadas formas jurídicas conceptuadas como *soft law*, a las que se podría acudir y que se podrían desarrollar a nivel interno de acuerdo a nuestras necesidades. Además, debe tomarse en consideración que las formas adecuadas en un determinado nivel territorial pueden no serlo en otro. Evitar la reproducción automática que en ocasiones se produce de las elegidas en niveles superiores puede conseguir reducir disfuncionalidades desde el inicio o el despilfarro de recursos limitados[8].

d) La actividad de planificación se puede realizar en cualquier Administración con independencia de su base, territorial, corporativa o institucional[9], o de su tamaño. No obstante, y con respecto a esto último, de forma previa a la

puede verse en Rodríguez Villanueva (2021: 256).

8. Así, es difícil ver la necesidad de establecer un plan de movilidad en un municipio de 562 habitantes como el que ha impulsado el Ayuntamiento del Palomar; véase su dirección electrónica www.elpalomar.es (último acceso: 25 de junio de 2022).

9. Como ejemplo, el Acuerdo del Pleno de 17 noviembre de 2021, por el que se aprueba el Plan Específico de Ordenación de Recursos Humanos de la Audiencia de Cuentas de Canarias.

elaboración de una planificación debe analizarse la escala a la cual es posible producir los efectos óptimos, y deben establecerse medidas de coordinación con otras Administraciones en materia de planificación, un aspecto que hasta el momento no se ha tomado en consideración, perdiéndose las posibles sinergias de la alineación de planificaciones conjuntas. Concretamente, en planificación en materia de empleo público, la coordinación resultará relevante en aquellas medidas tendentes a promover la movilidad de los empleados públicos, con mayor intensidad cuanto más pequeña sea la Administración que las adopte[10].

e) La planificación, como actividad pública que es, debe cumplir con los principios constitucionales de eficacia y eficiencia. Por ello es necesario controlar, inspeccionar y supervisar que la Administración la lleva a cabo (cuando se haya establecido como preceptiva), los medios que emplea para ello y el gasto que genera. Pero, además, deben preverse medidas de seguimiento y debe evaluarse el grado de cumplimiento de resultados. Estas actividades suelen aparecer recogidas o bocetadas en los instrumentos de aprobación de la planificación, pero son inoperativas al no incorporar el momento temporal de su ejecución, los responsables o las consecuencias de no llevarse a cabo. Estos tres elementos son los ingredientes fundamentales del fracaso en el cumplimiento[11].

10. Sin menospreciar lo loable que resulta que un ayuntamiento como el de Calahorra, con una plantilla de 172 empleados, elabore y apruebe su Plan de Ordenación de los Recursos Humanos, incluso con las modificaciones necesarias para dar cuenta de las novedades legislativas, como las relativas a los procesos extraordinarios de estabilización (véase el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Calahorra para el año 2022, aprobado por el Pleno de ese Ayuntamiento en su sesión de 25 de mayo de 2022), resulta sorprendente que el mismo pretenda establecer medidas de movilidad para todos los empleados, cuando puede observarse que estas se tendrán que limitar a los conserjes, los policías y los auxiliares administrativos, dado que el resto de los empleados tendrá la movilidad restringida, al no tener opciones, por inexistencia de puestos a los que concursar dentro de esa Administración. Las medidas de coordinación podrían ser muy necesarias para planificar la movilidad de manera conjunta con entidades locales próximas, generando un uso intensivo de los recursos humanos disponibles y evitando que la única solución de carrera que vea este personal sea acudir a Administraciones territoriales colindantes o superiores, por ejemplo, la de la Comunidad Autónoma.

11. Puede observarse la inconcreción de los tres criterios en la p. 36 del Plan Estratégico de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Arroyo de la Encomienda, disponible en la dirección electrónica: https://olmedo.ayuntamientosdevalladolid.es/documents/245529/246157/Plan+Estratégico+Recursos+Humanos.pdf/23a21695-eaf5-4501-87a0-c9fdd3954323?version=1.0 (última consulta: 9 de julio de 2022).

1.2
La planificación de los recursos humanos en la Administración local

Como ya se ha puesto de manifiesto, la planificación de los recursos humanos puede realizarse en cualquier ámbito territorial, incluido el de menor tamaño de la Administración local, si bien la Administración local no ha sido nunca buena planificadora. Por ejemplo, en el ámbito de la contratación administrativa, el apartado 4 del artículo 28 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, establece la necesidad de que todos los sujetos de su ámbito de aplicación, entidades locales incluidas, programen la actividad contractual, así como la obligación de darla a conocer; de acuerdo a OiReScon, siglas de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, en su informe anual de supervisión en la contratación pública para el año 2021, aprobado el 22 de diciembre del mismo, el cumplimiento de esta actividad de planificación en todo el sector público ha sido muy menor. De un total de 22 305 perfiles de órganos de contratación analizados, solo han llevado a cabo esta planificación 341, es decir, el 1.53 %. Y de ellos únicamente un 5 % han sido objeto del anuncio de información previa. Centrándose en las actuaciones de seguimiento y evaluación de los planes, apenas un 2 % de los planes aprobados establecen alguna medida relativa a la ejecución o la supervisión. Fijando la atención en el ámbito local, se observa que el porcentaje de entidades locales que han aprobado y publicado sus planes anuales de contratación no supera el 1 %.

No existen publicados datos similares en relación con los planes de ordenación de los recursos humanos, recuérdese voluntarios, pero son pocos los ejemplos que se pueden encontrar de municipios que tienen uno aprobado. Su frecuencia es mayor a medida que aumenta la población de la entidad, y muchas medianas y grandes ciudades disponen de uno; así, en los ayuntamientos de Madrid, Valencia, San Sebastián de los Reyes y Vitoria-Gasteiz, uno de los pioneros, lo que indirectamente da una idea de que es necesaria una estructura mínima para plantearse adoptar medidas a través de ellos. Salvo honrosas excepciones, que se traen a colación en este artículo, no como crítica, sino como ejemplos de disfuncionalidades que pueden ser abordadas, los municipios de pequeña población no han recurrido a este instrumento.

Descender a la raíz y conocer las causas de este hecho no es sencillo. No obstante, es indudable el coste político de aprobar este instrumento. El desgaste se proyecta en todas las dimensiones sobre las que tiene influencia la gobernanza. Por un lado, supone el reconocimiento de la voluntad de actuar en determinadas líneas de acción. Ello abona el terreno a la oposición, que rápidamente podrá analizar el cumplimiento, de manera más sencilla cuanto

mejor estén diseñados los indicadores e implantados los instrumentos de medida y recogida de datos. Del mismo modo, sirve a la opinión pública para valorar la gestión pública realizada y proporciona argumentos que refuerzan las decisiones de voto, pero, también, de no voto. Y, no menos importante, es un mandato indirecto a los empleados públicos de las labores a acometer, a los que habrá que explicarles, y no siempre es sencillo, cómo se van a llevar a cabo de manera adicional a las que habitualmente desempeñan, con plantillas ya de por sí muy mermadas y generalmente sin medios adicionales. Todo ello explica que no sea atractivo para los órganos de dirección política acometer esta tarea.

Y en las pocas ocasiones en que se realizan, aquellas de efectos a largo plazo, como las de ordenación de recursos humanos, deben superar la influencia de las dinámicas del ciclo electoral, que se proyectan de manera mucho más intensa en un ámbito reducido como es el nivel local. Si bien este hecho es conocido y la planificación trata de superponerse a él mediante el establecimiento de un marco temporal lo suficientemente amplio para superar el ciclo de gobierno, la ausencia de obligatoriedad de cumplimiento y la facilidad de aprobación de una nueva programación suelen suponer en aquellas Administraciones locales que cambian de ideologías políticas tras las elecciones una ruptura con lo anterior. Si bien no puede negarse la legitimidad de estos nuevos gobernantes para llevar a cabo sus propias políticas con las concepciones que representan y por las que han sido elegidos por los ciudadanos, existen actuaciones asumidas, legítimas igualmente y sobre las que se han invertido recursos públicos, que para producir resultados necesitan un periodo temporal amplio, superior al de un mandato de cuatro años. Es en estos casos donde la ciudadanía debería estar más vigilante y exigir una motivación reforzada a aquellos que se proponen modificar la planificación en vigor. Una ciudadanía responsable incluye la obligación de hacer entender a la clase política que se ha superado la tradicional necesidad de demostrar la victoria echando abajo los cimientos existentes, y que se han impuesto la evaluación y el análisis previo para llevar a cabo las modificaciones que requiera la optimización de la planificación.

1.3
Una oportunidad de avanzar en planificación para las entidades locales

A pesar del nada halagüeño diagnóstico de la situación, existe una palanca de impulso que puede ser el mecanismo que las Administraciones, y en particu-

lar la local, necesitan para avanzar en planificación. Es la Agenda 2030. La Asamblea General de Naciones Unidas aprobó en septiembre de 2015 un documento denominado: *Transformar nuestro mundo. La Agenda 2030 para el desarrollo sostenible*, que contiene 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante, ODS) y nada más y nada menos que 169 metas que los firmantes, entre ellos España, se comprometen a alcanzar.

Los 17 ODS pueden entenderse como una continuación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, pero con una profundidad mucho mayor. Son objetivos para conseguir resultados en una gran cantidad de materias tanto transversales como específicas. Si bien las Administraciones locales no son citadas de manera expresa, es evidente que son agentes involucrados en la medida en que las actividades para su logro se relacionen con sus propias competencias[12]. Nadie puede poner en duda que una Resolución de Naciones Unidas que incluye como objetivo conseguir ciudades y comunidades sostenibles (ODS n.º 11) se puede llevar a cabo al margen y sin contar con las entidades locales. Dejando de lado las cuestiones de la fuerza jurídica obligacional o la voluntariedad de su cumplimiento y la aparente única responsabilidad política ante su olvido y postergación, lo que es claro es que el Estado ha asumido un compromiso internacional y, por tanto, las Administraciones locales deberán contribuir a la consecución de estos objetivos ejercitando actuaciones en las materias de su competencia.

La Agenda 2030 y los ODS son una oportunidad para que todas las Administraciones avancen en planificación estratégica: formulando la visión y las metas, fruto de una reflexión compartida entre los diferentes tipos de agentes involucrados (personal político, técnico, agentes sociales y representantes de la ciudadanía); estableciendo un cuadro de mando estratégico; fijando un cronograma realista, una ejecución basada en el cumplimiento de indicadores; y delimitando controles preventivos y reactivos, así como horizontes temporales de evaluación y rediseño.

La importancia de la planificación se observa, además, en dos consideraciones complementarias; por un lado, que las Administraciones que asuman el reto deberán conocer el grado de cumplimiento, y por otro, que deberán alinear sus acciones con las de otras Administraciones con competencias coincidentes, concurrentes, o cuyas acciones puedan tener efectos en los resultados de las actividades de aquellas. Para todo ello será necesaria más y mejor planificación.

Y no solo eso; concretamente, y en relación con lo que aquí interesa, es decir, la planificación en materia de empleo público para la optimización

12. En este sentido un pionero artículo de García Matíes (2016: 4).

racional de los medios, hay que considerar que el Objetivo de Desarrollo Sostenible número 16 pretende promover sociedades pacíficas e inclusivas con un desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y *crear instituciones eficaces*, responsables e inclusivas a todos los niveles, lo que obliga a abordar específicamente la misma.

Es decir, la planificación estratégica en el marco de la Agenda 2030 debe entenderse como una actividad transversal, primaria, previa y necesaria, catalizadora de los programas de actuación y las acciones, que, si bien tiene un componente específico centrado en la planificación en materia de empleo público residenciado en el ODS 16, como se señalará seguidamente, ha de envolver al resto de ODS y formar parte del cuadro de mando estratégico de gestión.

Para ayudar a los municipios en esta tarea, el Gobierno Vasco, en colaboración con la Red Vasca de Municipios Sostenibles, ha elaborado una guía para ayudar a la elaboración de las diferentes agendas 2030 locales, que contiene diferentes pautas para los municipios dependiendo de su grado de desarrollo previo de instrumentos como planes estratégicos o la "Agenda 2021" (Gobierno Vasco, 2019: 5), pero donde en todos los casos se configura la planificación como un elemento capital en sus pasos 2, conocer los ODS desde la realidad local, y 3, formular la estrategia de Agenda 2030 Local, promotora del cuadro de mando integrado que finalmente se proponga. En el anexo 1 se aborda una aproximación de los ODS al contexto de los municipios vascos que puede ser ilustrativa para el resto de regiones. No obstante, no se preocupa la guía (y quizás sea una de sus principales deficiencias) de proponer en relación con el ODS 16 más medidas que aquellas destinadas a abordar las metas 16.1 (reducción de todas las formas de violencia) y 16.6 (creación de instituciones eficaces y transparentes), justificando que el resto de los aspectos que aborda este ODS no son de competencia municipal. En la reducción de la corrupción y el soborno (meta 16.5), el fomento de la participación ciudadana (meta 16.7), el acceso a la información y las libertades fundamentales (meta 16.10) o el fortalecimiento de instituciones en la prevención de la violencia (meta 16.B), la Administración local tiene camino para avanzar. Tampoco se atreve el documento a proponer ejemplos de cómo abordar en el ámbito municipal toda esa variedad de metas y contribuciones identificadas, lo que de acuerdo con su título podría esperar el lector.

Tras la fase de planificación estratégica se sucede la de implementación de las políticas públicas, descrita ya por Pressman y Wildavsky (1973: 2), y donde opera con mayor intensidad la planificación en materia de empleo público en su concepción de planificación hacia la mejora

de la capacidad administrativa ya descrita anteriormente. Es, sin lugar a dudas, un aspecto crucial, pues las metas y actuaciones identificadas se extienden en su desarrollo por multitud de ramificaciones de la estructura organizativa de la entidad local, abarcando diferentes concejalías, departamentos, áreas, servicios y unidades, existentes o de nueva creación, que necesitan adaptarse a la nueva realidad para alcanzar los objetivos que de ellos se pretende[13]. A modo de ejemplo, González y Navarro (2022: 90) han puesto de manifiesto que la contratación pública es la herramienta que de forma más eficaz puede abordar la consecución de los ODS, necesitados de la externalización de contratos de obra o servicios; entonces, la planificación en materia de empleo debería preguntarse: ¿será adecuada la estructura de la unidad de contratación existente?; ¿es una estructura correctamente estratificada?; ¿deberán reorganizarse los recursos existentes?; ¿será necesario proveer nuevos recursos materiales, organizativos o de personal?; ¿se conocen los nuevos cambios normativos o resulta conveniente incrementar la formación?

Cómo abordar desde el cuadro de mando integrado una transformación en la estructura de tanto calado no es sencillo. Sin tener carácter básico, y, por tanto, únicamente destinado a la Administración General del Estado, el 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, si bien para la gestión de estos últimos fondos provenientes de la Unión Europea, contiene en el capítulo III, sección 1.ª, dedicada a la planificación estratégica, unos instrumentos de gestión pública generales en materia de empleo público, con un potencial carácter expansivo, que pueden resultar muy interesantes para el resto de Administraciones públicas.

13. A pesar de una técnica normativa poco depurada, de conformidad con la Directriz 12 de técnica normativa de las aprobadas por el Consejo de Ministros en su Acuerdo de 22 de julio de 2005, que recoge la improcedencia de acudir en la parte expositiva de una ley a citas y declaraciones didácticas o laudatorias, el preámbulo de la Ley 4/2022, de 27 de julio, de racionalización y simplificación administrativa de Extremadura, acierta al meter el dedo en la llaga sobre la necesidad de adaptar las estructuras, explicando: "Los modelos institucionales de estructuras de gobierno departamentales, que son originarios del siglo XIX, si bien hunden sus raíces en el Antiguo Régimen y en los Estados liberales de finales del siglo XVIII, se adaptan mal a las nuevas realidades. Estas reclaman un modelo de transversalidad organizativa que rompa las costuras de la vieja Administración pública departamental o divisional. Así, las nuevas tendencias hacia estos modelos de transversalidad organizativa se encaminan hacia la gestión pública por misiones, proyectos o programas, que rompa los 'silos' del modelo funcional divisional por departamentos o consejerías. Se impone, por tanto, una nueva 'gobernanza pública por proyectos'".

1.4
Posibilidades de optimización; nuevos instrumentos de gestión y uso intensivo de los ya disponibles

Para el legislador, los principios que inspiran la configuración de todos los instrumentos de gestión que se deben emplear para la transformación de la estructura administrativa necesaria para la ejecución de los fondos europeos son la eficacia y la eficiencia. De forma pomposa, el propio preámbulo explica la necesidad de la regulación "para conseguir una Administración Pública que cuente con instrumentos del siglo XXI para poder cumplir sus funciones de un modo eficaz, estratégico y basado en el cumplimiento de objetivos para el mejor servicio público a los ciudadanos". Si ello es así, estos instrumentos de gestión deberían venir para quedarse e, incluso, convertirse en básicos y aplicarse a todas las Administraciones públicas, incluida la local; ¿o puede existir una Administración que no deba alcanzar esta meta o esté posibilitada para hacerlo en base a otros criterios?

La importancia de la planificación estratégica previa se vislumbra desde el inicio de la configuración del modelo de gestión que supedita toda la organización de medios y recursos que se vaya a emplear al instrumento de planificación estratégica previamente acordado (art. 24.1 R.D.L. 36/2020). Esto resalta la idea de que no resulta conveniente ninguna reforma estructural relevante sin un plan estratégico previo. Para ello, establece lo que denomina un Comité Técnico, como un órgano de asistencia y soporte técnico, compuesto por empleados elegidos en función de sus competencias y experiencia en la gestión de fondos y ayudas europeas, y aquellos otros perfiles profesionales u orgánicos que se estimen necesarios para el cumplimiento de sus funciones (art. 15.2 R.D.L. 36/2020). Sus funciones principales son las de aportar un soporte técnico, elaborando estudios, informes, y realizando los análisis necesarios; asistir a las autoridades directivas, unidades de gobernanza y responsables en la ejecución de las acciones, y ejercer el seguimiento continuo de los indicadores de cumplimiento de las propuestas.

Para las entidades locales, una de las primeras recomendaciones realizadas por la Federación Española de Municipios y Provincias para abordar los ODS ha sido la constitución de un equipo técnico de alto nivel en cada una de las entidades locales, que incluya personal con capacidad directiva de las diferentes concejalías y áreas con responsabilidad, liderazgo y capacidad para poder transformar las decisiones en resultados[14]. Es la denominada gobernanza administrativa horizontal, donde el traba-

14. Puede observarse en FEMP (2018: 8) y Gobierno de España (2018: 9).

jo entre diferentes niveles administrativos se complementa y coordina, generando sinergias y evitando solapamientos. La constitución de estos grupos de trabajo, órganos colegiados de la Administración pública, se realizará de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP, en adelante), sin perjuicio de las especialidades organizativas de la Administración en la que se integren. Las tareas fundamentales de cada uno de los miembros del órgano técnico en relación con su ámbito de responsabilidad se encontrarán entre las contenidas en el apartado 2 del art. 25 del Real Decreto-ley, como son la priorización de las tareas o acciones y la designación de las unidades responsables de ellas, así como la reorganización de medios y recursos disponibles.

Para conseguir todos (o algunos de) los cambios que se propongan, el legislador es muy consciente de la necesidad de mayores recursos o de aprovechar de forma más intensa y coordinada los disponibles. Como primera medida dispone el apartado 2 del art. 24 del Real Decreto-ley 36/2020 la posible constitución de unidades administrativas de carácter provisional para la gestión y ejecución de los proyectos programados. Así, igual en la Administración local, deberá valorarse la necesidad de modificar la estructura administrativa para incrementar la capacidad de implementación de las actuaciones. Serán posibles dos soluciones principales: a) creación de nuevas unidades administrativas, o b) rediseño o estratificación de las existentes, sin poder descartar *a priori* soluciones mixtas como la creación de nuevas unidades por fusión de varias ya existentes. Así ha ocurrido ya en muchos municipios que han creado unidades específicas encargadas de liderar las acciones necesarias para el cumplimiento de los ODS y la gestión de fondos europeos. Generalmente son unidades estratificadas en varios niveles de responsabilidad donde los empleados más avanzados en la carrera administrativa, coordinadores o supervisores, son agentes de desarrollo local, pertenecientes a la escala de Administración General, subescala Técnica o de Gestión (de conformidad con lo dispuesto en el art. 167 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, con carácter de legislación básica), junto a empleados públicos con capacidad para la gestión económica de los fondos (igualmente de la escala de Administración General, subescala Técnica en puestos de trabajo de técnico de Administración General u otros más especializados como gestor de proyecto), personal administrativo y auxiliar de apoyo.

Nótese que la cobertura de estos puestos de trabajo en las unidades administrativas que se creen, remarcadas continuamente como temporales en la

Administración General del Estado[15], debe realizarse, de conformidad con el apartado 4 del art. 24 del Real Decreto-ley 36/2020, con personal que tenga experiencia directa o indirecta en la gestión de proyectos relacionados con fondos europeos y, de manera subsidiaria, con personal estatutario temporal, personal funcionario interino o personal laboral temporal, lo que casa mal con la pretendida rebaja de la temporalidad del empleo público que se ha propuesto esta Administración.

En la Administración local debería acudirse igualmente, en primer lugar, al personal propio con habilidad en la gestión de proyectos europeos (visión de organización, captación de recursos, implementación de políticas, gestión de subvenciones, entre otras). Ello será más sencillo cuanto mayor sea el tamaño del municipio y mayor haya sido el impacto de programas europeos anteriores. Pero resultará muy difícil disponer de este tipo de personal en entidades locales de menor tamaño, obligadas a acudir a la captación externa, donde la vía más rápida es la del empleo temporal. Ello puede conllevar efectos perniciosos sobre el objetivo de reducción de la temporalidad. Resulta decepcionante que el legislador estatal haya entendido que la necesidad de estas unidades responde a una coyuntura particular, y no haya tenido la suficiente visión de futuro para darse cuenta de que estas unidades son las que tienen verdadera capacidad transformadora de la acción pública. ¿De verdad piensa que, en un periodo temporal de tres años, fijado en la actualidad como barrera infranqueable a la temporalidad, se habrán culminado la totalidad de las acciones que dimanan de la Agenda 2030? Me atrevo a aventurar una respuesta negativa, y a aconsejar a las entidades locales que quieran emprender seriamente el camino de los ODS que se doten de unidades administrativas sólidas a futuro mediante la incorporación de las plazas necesarias a las futuras ofertas de empleo público que aprueben.

Si se acude a los efectivos propios, partiendo del art. 81 del TREBEP, básico en materia de provisión de puestos de trabajo, y de conformidad con lo dispuesto en las leyes de función pública de aplicación, podrían emplear-

15. Véase la *Resolución conjunta de las secretarías de Estado de Política Territorial y Función Pública y de Presupuestos y Gastos por la que se aprueba el modelo de relación de puestos de trabajo para la creación de las unidades administrativas de carácter provisional para la gestión y ejecución de proyectos, en el marco de Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, disponible en: https://www.mptfp.gob.es/dam/es/portal/funcionpublica/secretaria-general-funcion-publica/Actualidad/2021/02/Resolucion_conjunta_SEPTFP-SEPG_RPT.PDF (última consulta: 4 de abril de 2022); las unidades administrativas provisionales que se creen se adscriben, de manera preferente, a los correspondientes gabinetes técnicos de las subsecretarías (norma tercera). La creación será algo excepcional y solo para los casos en los que resulte imprescindible (norma quinta), siendo lo usual la adscripción de puestos de trabajo provenientes de las RPT, que se reasignarán (se adscribirán) de nuevo a la unidad de origen una vez finalizado el proyecto (norma cuarta).

se la redistribución de efectivos, la reasignación de efectivos[16], la atribución temporal de funciones o las provisiones de carácter provisional por urgente o inaplazable necesidad, por ejemplo, a través de las comisiones de servicio (con la denominación de "desempeño provisional" tan típica de muchas Administraciones locales). Particularmente interesante resulta la novedad del art. 31 del Real Decreto-ley 36/2020, que permite la atribución de funciones "a tiempo parcial", evidentemente sin cambio de puesto de trabajo o adscripción del mismo. No se entiende claramente la mención *in fine* del apartado primero de dicho artículo que proscribe, igualmente, un cambio "de la persona", quizás queriendo evitar la alternancia de la atribución parcial de funciones entre varios empleados. Esta posibilidad podría expandirse a otras Administraciones donde exista personal con tareas que se realicen en momentos puntuales de la jornada laboral en forma de picos de trabajo, y en otros de menos carga laboral.

Finalmente, de forma residual, se hace una mención a la necesidad de adopción de medidas para fomentar la capacitación del personal y el reconocimiento de su trabajo, tanto del esfuerzo colectivo como del esfuerzo individual. La manida mención a la formación en términos tan amplios y genéricos se queda como un verdadero brindis al sol. Ya se verá si corre la misma suerte el reconocimiento colectivo e individual del trabajo. Sobre esto último, la Administración de la Comunidad de Madrid ha sido pionera en el establecimiento de unos complementos que van a retribuir a determinados empleados que se encuentran involucrados en la ejecución de los fondos europeos. Por lo que se ha podido conocer a través de la negociación colectiva[17], la Administración de la Comunidad de Madrid ha visto necesario incentivar y retribuir la mayor carga de trabajo de aquellos empleados públicos (se habla de funcionarios, pero se desconoce si una medida similar se ha adoptado para el personal laboral) que gestionan fondos europeos.

16. Nótese que, en ambos casos, la provisión del nuevo puesto sería definitiva. Una vez que se decida que la unidad provisional no es necesaria y el puesto se amortice, será procedente una nueva reasignación de efectivos (así se recoge, aunque con discutible carácter básico, en el art. 60 del *Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado*, aprobado por el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo).

17. A través de la nota informativa de la Unión Profesional CSIT, sección de Administración autonómica para personal funcionario, publicada en su web el 21 de junio de 2022, a la que se puede acceder por medio de la página web del sindicato, en la siguiente dirección: https://www.csit.es/CSIT_Informa/Noticias_CSIT/Detalle/21062022_Sobre_Productividad_para_Personal_Funcionario_15881 (última consulta: 3 de agosto de 2022), elaborada tras la Comisión de Seguimiento del Acuerdo Sectorial para el Personal Funcionario de la Administración de la Comunidad de Madrid del mismo 21 de junio de 2022.

Para ello, se van a incrementar las retribuciones complementarias de los empleados; en particular las extraordinarias de productividad, sin que en ningún momento se conviertan en un concepto retributivo habitual. Es decir, se va a acudir a la fórmula de las productividades, durante un periodo de tiempo limitado, en un número concreto de empleados, cuando como parte de su prestación realicen funciones relacionadas con los fondos europeos. Este mecanismo de productividad se ha dividido en dos fases: una primera en la que todos los empleados identificados recibirán una productividad correspondiente al 20% de su complemento de destino hasta diciembre de 2022, productividad que carece de la correspondiente justificación del mayor grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos, nuclear en el concepto de productividad (art. 24.c del TREBEP); y una segunda a partir de esa fecha en la que las consejerías procederán a evaluar el cumplimiento de los objetivos establecidos en el programa, y a la vista del resultado, aquellos funcionarios o unidades que hayan superado dichos objetivos aumentarán ese importe mensual en otro 20%, hasta alcanzar el 40% de su complemento de destino, y aquellos que no los hayan alcanzado lo verán reducido en un 50%, obteniendo únicamente el 10% de su complemento de destino, lo que se "justifica" alegando que se ha de valorar el esfuerzo realizado hasta el momento y que el incumplimiento no es debido a la falta de trabajo (faltaría más).

Esta Administración autonómica ha perdido una oportunidad excelente, tras la identificación de los puestos de trabajo con funciones y responsabilidades en la materia y la creación de unidades específicas en el refuerzo de su estructura, de acudir a la valoración de los puestos de trabajo para cuantificar de manera sistemática y objetiva la especial dificultad técnica, responsabilidad, o las especiales condiciones de trabajo en las que se realiza la prestación del mismo que se corresponde con el complemento específico del puesto de trabajo, y no "parchear" la cuestión a través de una productividad que debería no ser fija, periódica en su devengo ni similar entre todos los empleados en función de la progresión alcanzada en la carrera administrativa, simbolizada en el complemento de destino, que es el parámetro empleado para aumentar la retribución de estos empleados.

Esperemos que el resto de Administraciones continúen la senda de la planificación en materia de empleo público e identificación de las funciones y responsabilidades adicionales de sus puestos de trabajo en base a la Agenda 2030, y fortalezcan con estas y otras medidas la implementación de las actuaciones, para un mejor empleo y más intensivo de los fondos recibidos y que estén por venir, en constante alineación con los ODS, para alcanzar los compromisos adquiridos por España y así avanzar hacia una sociedad más sostenible e inclusiva, con una Administración que sirva a los intereses generales que esta nueva sociedad demanda.

2
Acceso al empleo público local

2.1
Consideraciones previas

En los apartados precedentes de este trabajo se ha puesto de relieve la necesidad de una planificación estratégica de los recursos humanos como instrumento idóneo para determinar las necesidades de personal en cada Administración pública, y para ordenar adecuadamente la selección del mismo[18].

A su vez, la selección del personal más capacitado para los distintos puestos de trabajo a cubrir requiere de sistemas selectivos adecuados, así como de órganos de selección profesionales y especializados, y de estructuras estables para una gestión ágil y coordinada de los procesos selectivos, en suma.

En este contexto, es obligada la referencia a los procesos de estabilización que la Administración local está obligada a llevar a cabo, como el resto de Administraciones, pues, sin perjuicio de su régimen singular, no dejan de ser procedimientos selectivos, que permiten a los aspirantes acceder al empleo público

18. En la doctrina, Cuenca Cervera (2018: 55) señala cómo la gestión pública de recursos humanos permite proveer a la organización administrativa de las capacidades necesarias, de las personas con los conocimientos, las destrezas, las habilidades y las actitudes necesarias en el lugar y el momento demandados.

En el ámbito normativo, el Real Decreto 407/2022, de 24 de mayo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2022, se ocupa de resaltar en su preámbulo, en cuanto a la transformación de la Administración pública con el objetivo de articular una Administración más moderna, ágil y transparente, que sea capaz de acompañar los retos de transformación derivados del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y de adelantarse en los retos de futuro, lo siguiente:

> "En el ámbito de la función pública ya se han dado los primeros pasos para la transformación. Uno de ellos ha consistido en sentar las bases para un empleo estable y de calidad, a través de la aprobación de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, y, por otro lado, con el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. Con estas medidas, aunque referidas principalmente a la mejora de las condiciones laborales de las trabajadoras y trabajadores, se persigue indirectamente incrementar la productividad y el dinamismo de la economía y reforzar los servicios públicos.
>
> Esta transformación también afecta a los instrumentos de planificación y de ordenación de la política de recursos humanos y a los criterios que deben orientar los procesos de selección del talento necesario que requiere la Administración General del Estado. Es precisamente en este contexto, donde la oferta de empleo público adquiere un papel protagonista, dado que necesariamente debe acompañar al proceso de transformación al tener como objetivo atender a las necesidades de recursos humanos que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso. Por tanto, la oferta de empleo público se configura como un instrumento que ofrece respuestas y soluciones, en forma de recursos humanos, a las necesidades y demandas de la ciudadanía".

en condición de funcionarios de carrera o de personal contratado fijo. Por otra parte, como es sabido, los procesos de estabilización en curso son la solución que nuestro legislador ha debido articular para tratar de reducir la temporalidad del empleo en las Administraciones públicas, y cumplir así con los requerimientos de la normativa de la Unión Europea y de la jurisprudencia de su Tribunal de Justicia. En última instancia, el exceso de temporalidad trae causa de la ausencia de planificación de los recursos humanos, y de la falta de previsión, de convocatoria y de desarrollo ágil de los procedimientos selectivos necesarios para cubrir las necesidades de personal de carácter estructural.

No se pretende llevar a cabo aquí un estudio exhaustivo de la regulación del acceso al empleo público local ni del régimen completo del conjunto de actuaciones que comprende el proceso selectivo, puesto que ni las características ni la extensión de este trabajo permiten un análisis minucioso de las cuestiones apuntadas. Así, hemos optado por incidir en algunos de los cometidos más importantes que, en un futuro próximo, deben abordarse en la selección de los empleados públicos. Se trata, especialmente, de la necesidad de mejorar progresivamente el contenido de las pruebas selectivas, con el fin de que permitan la selección del personal más adecuado para desempeñar los servicios y funciones que deben atender las Administraciones. A su vez, requiere pronunciarse, como se hará en las páginas siguientes, sobre las alternativas viables para garantizar la especialización y la profesionalización de los órganos de selección encargados de gestionar los procesos selectivos. Todo ello, tomando en consideración las características y las necesidades especiales de los entes locales.

2.2
Los procesos de estabilización del empleo temporal. Una modalidad singular de acceso al empleo público

Con independencia de que la estabilización del empleo temporal sea objeto de análisis particular en otro de los artículos incluidos en este número monográfico, no puede dejar de referirse aquí, pues se trata de una vía de acceso al empleo público que presenta importantes singularidades respecto del régimen ordinario de selección de los empleados públicos[19].

Entre otras particularidades de los procesos de estabilización que marcan la actualidad del acceso al empleo público, y centrándonos ahora en la regulación establecida por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes

19. Sobre la singularidad de los procesos señalados y su desarrollo en el ámbito local, pueden verse, entre otros, Cantero Martínez (2021) y Peña Molina (2019: 318-324).

para la reducción de la temporalidad en el empleo público[20], puede destacarse que vienen impuestos normativamente, que deben acometerse necesariamente por todas las Administraciones públicas, que han de ejecutarse en un plazo de tiempo limitado[21], y que imponen un determinado sistema selectivo, el concurso-oposición[22].

No hace falta insistir en que la circunstancia de que el sistema selectivo deba ser necesariamente el concurso-oposición[23], con una valoración en la fase de concurso de un cuarenta por ciento de la puntuación total[24], en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente[25], supone una flexibilización

20. La Ley 20/2021 (art. 2) autoriza una tasa para la estabilización de empleo temporal que se añade a los procesos de estabilización de empleo temporal previstos en los artículos 19.uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, y 19.uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

21. Puesto que, en virtud de la Ley 20/2021, la resolución de estos procesos selectivos deberá finalizar antes de 31 de diciembre de 2024 (art. 2.2), la disposición adicional cuarta de esta misma norma insiste en la obligación de las Administraciones públicas de asegurar el cumplimiento del plazo mencionado, señalando una serie de medidas apropiadas para un desarrollo ágil de los procesos en cuestión, tales como la reducción de plazos, la digitalización de procesos o la acumulación de pruebas en un mismo ejercicio.

Ciertamente, resulta loable que la Ley 20/2021 se ocupe de disponer, sin carácter exhaustivo, la adopción de medidas de agilización de los procesos selectivos, si bien debe destacarse que no contempla ninguna consecuencia en caso de incumplimiento del plazo de ejecución de dichos procesos.

22. Como es sabido, por regla general, los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición, y solo excepcionalmente, y en virtud de ley, podrá aplicarse el sistema de concurso (art. 61.6 TREBEP).

En el caso del personal laboral fijo los sistemas selectivos podrán ser los de oposición, concurso-oposición o concurso de valoración de méritos (art. 61.7 TREBEP).

23. Los tribunales han señalado el carácter excepcional de este sistema selectivo, admitiendo la posibilidad de recurrir al mismo cuando resulte idóneo en atención a la naturaleza de las plazas o funciones a desempeñar. Véanse, entre otras, STS de 29 de febrero de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª; STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de mayo de 2003; STS de 9 de julio de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª.

24. Téngase en cuenta que, tal como dispone el art. 61.3 TREBEP, los procesos selectivos que incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes, solo podrán otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que, en ningún caso, podrá determinar por sí sola el resultado del proceso selectivo.

A su vez, la jurisprudencia constitucional ha admitido que en la fase de concurso puedan valorarse los méritos de forma limitada. Véanse, en este sentido, las SSTC 67/1989, 185/1994, 93/1995, 107/2003, 111/2014 y 86/2016, entre otras.

En definitiva, como señala Sánchez Morón (2021: 148), siendo el concurso-oposición un sistema selectivo teóricamente más completo que otros, plantea el problema fundamental de la determinación y ponderación de los méritos a puntuar en la fase de concurso, porque esta decisión discrecional puede orientar de forma decisiva el resultado del proceso selectivo, en perjuicio del principio de igualdad de oportunidades.

25. Respecto de los méritos valorables, habrá que estar a los términos resultantes de la negociación colectiva establecida en el artículo 37.1.c) del TREBEP, tal como dispone el art. 2.4) de la Ley 20/2021.

de las exigencias de acceso al empleo público, que favorece a quienes hayan ocupado previamente las plazas convocadas[26]. Y ello, por más que, como no podría ser de otro modo, la Ley 20/2021 se ocupe de proclamar que en el desarrollo de estos procesos[27] se garantizará, en todo caso, el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad[28].

Junto a las notas expuestas en los párrafos anteriores, los procesos de estabilización presentan otras singularidades añadidas en el ámbito local, que refuerzan la conclusión apuntada en el párrafo anterior sobre la relajación de los principios del art. 23.2 CE. Así, se excepciona la aplicación de la regulación ordinaria[29] sobre las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración local[30], rigiéndose estos procesos por lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 20/2021[31].

Además de las cuestiones señaladas, la regulación aplicable a los procesos de estabilización contiene otras disposiciones con incidencia en el acceso al empleo público local. En concreto, la normativa apuntada permite que las convocatorias de estabilización puedan prever la inclusión en bolsas de interinos específicas o, en su caso, la integración en bolsas ya existentes de los aspirantes que no superen el proceso selectivo, siempre que hayan obtenido la puntuación establecida al efecto por la mencionada convocatoria[32]. Ciertamente, esta previsión resulta paradójica, pues puede propiciar que quienes con carácter previo al proceso de estabilización ya tenían la condición de personal interino o personal contratado temporal, vuelvan a ser nombrados de forma temporal. En todo caso, la aplicación de esta previsión ha de resultar

26. Boltaina Bosch (2018) analiza este tipo de procedimientos selectivos previstos en el ordenamiento jurídico con la finalidad específica de consolidar empleo temporal o interino, que el autor denomina "blandos", y que se desarrollan mediante sistemas en los que los requisitos de igualdad, mérito y capacidad se adaptan en mayor o menor medida o a los candidatos internos, en detrimento de los aspirantes de turno libre.

Por su parte, Parada y Fuentetaja (2019: 266) consideran que estos procesos de estabilización o consolidación del empleo temporal constituyen supuestos de "falsificación de las oposiciones".

27. De conformidad con el mismo precepto citado en la nota anterior, también la articulación de estos procesos selectivos podrá ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración pública.

28. Véase art. 2.4).

29. Fuentetaja Pastor (2015: 46-54) analiza con detalle el sistema de fuentes reguladoras de la función pública local.

30. Véanse los artículos 8 y 9 del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, que establece las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración local.

31. Véase disposición adicional primera, punto 3, de la Ley 20/2021.

32. Véase disposición adicional cuarta de la Ley 20/2021.

conforme con la exigencia legal de que los procedimientos de selección del personal interino[33] y del personal contratado temporal[34] sean públicos y ajustados a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

2.3
Los sistemas selectivos. En especial, tipos y contenido de las pruebas selectivas

Según dispone la legislación básica, por regla general, los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición, que, necesariamente, habrán de incluir una o varias pruebas que permitan determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación entre ellos. De forma excepcional y solo en virtud de ley podrá aplicarse el sistema de concurso, que consistirá únicamente en la valoración de méritos (art. 61.6 TREBEP).

En el caso del personal laboral, los sistemas selectivos aplicables serán los de oposición y concurso-oposición, con las características ya mencionadas en el párrafo anterior, o el concurso de valoración de méritos (art. 61.7 TREBEP).

Teniendo en cuenta las determinaciones legales expuestas, es obvio que las necesidades de personal que se plantean en cada Administración pública deben ser atendidas mediante los sistemas selectivos adecuados. Para ello, no solo es preciso elegir el sistema selectivo más idóneo de entre los distintos tipos que permite la normativa de referencia, sino también dotar al mismo de las pruebas apropiadas que permitan seleccionar al personal más capacitado para el desempeño de los puestos a ocupar.

Respecto de la primera cuestión apuntada, como es sabido, la selección del personal funcionario y laboral se rige en el ámbito local por los sistemas dispuestos en la legislación estatal básica (oposición, concurso-oposición y concurso)[35].

A su vez, corresponde a la Administración del Estado establecer las reglas básicas y los programas mínimos a los que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios locales[36].

33. Véase art. 10.2 TREBEP.
34. Véase art. 11.3 TREBEP.
35. Véase art. 91.2 LBRL.
Sobre la selección del personal laboral, véase también el art. 103 LBRL.
36. Art. 100.2.a) LBRL.

En todo caso, conviene tener presente que, tal como establece la legislación básica, los procedimientos de selección han de cuidar especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas[37], y así lo refleja también el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL)[38]. A su vez, de entre los distintos sistemas selectivos debe seguirse la oposición como regla general, teniendo carácter excepcional el concurso-oposición y el concurso para el acceso al empleo público en cualquiera de las Administraciones públicas.

En relación con las previsiones normativas referidas, los tribunales han señalado que el acceso al empleo público local debe producirse, con carácter general, mediante oposición, porque el concurso-oposición y el concurso están reservados para los supuestos en que el recurso a ellos resulte más adecuado por la naturaleza de las plazas o funciones a desempeñar, y no existe

37. Véase art. 61.2 TREBEP.
38. Véase art. 133 TRRL.

No obstante, en virtud de lo dispuesto por el art. 134.2 TRRL, en lo no previsto por las normas básicas de régimen local, se aplica como normativa supletoria de primer grado la reglamentación que para el ingreso en la función pública establezca cada comunidad autónoma en la normativa reguladora de su propia función pública.

Según señala la STS de 25 de noviembre de 2020, recurso de casación núm. 408/2019, el art. 134.2 TRRL, al fijar el orden de prelación de fuentes, comprende dos bloques normativos bien diferenciados. El primero, por el que se aplica el propio TRRL y a los efectos del artículo 100.2 de la LBRL, el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, que establece las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración local. El segundo bloque normativo es supletorio y está formado, a su vez, por otros dos conjuntos normativos: el primero, la normativa reguladora de la función pública de las comunidades autónomas, y en segundo lugar, la normativa reguladora del ingreso en el ámbito de la Administración del Estado.

Según la Sala, en la llamada como norma supletoria de primer grado a la normativa autonómica no se hacen más especificaciones porque depende de lo que cada una regule, a diferencia de la del Estado como normativa supletoria de segundo grado, que ya contaba con un reglamento identificable, hoy día el Reglamento General de Ingreso en el ámbito de la Administración General del Estado (Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo). La normativa autonómica puede ser dispar, porque podría haber una reglamentación específica de la función pública local de su ámbito territorial, o bien la destinada a los propios funcionarios autonómicos que se aplicará supletoriamente –caso de autos–; o, en fin, una normativa expresamente aplicable tanto a los funcionarios autonómicos como a los locales de su ámbito territorial.

También señala la STS de 25 de noviembre de 2020 que tal régimen de prelación de fuentes no desconoce la garantía constitucional de la autonomía local, pues, como manifestación de esa autonomía para la gestión de sus intereses, los entes locales tienen reconocida la potestad de seleccionar a sus funcionarios convocando pruebas selectivas y fijando las bases reguladoras, si bien tal potestad debe ejercerse con sujeción a las normas de cobertura, y es en el sistema de fuentes que regula tal potestad donde se inserta la interpretación del artículo 134.2 TRRL.

libertad ilimitada para optar entre los distintos sistemas de acceso, ni siquiera en los procesos de promoción interna[39].

Las disposiciones ya mencionadas del TRRL sirven para profundizar en la segunda cuestión planteada. Además de completar los procesos de regularización del personal temporal, las Administraciones públicas, en general, y la Administración local, en particular, han de abordar otros importantes cometidos relativos a la selección del nuevo personal. En concreto, resulta necesario reconsiderar determinados aspectos de los procedimientos de selección de los empleados públicos. Por un lado, en línea con lo defendido en este trabajo, debe establecerse la debida conexión de los procesos selectivos con una planificación estratégica en materia de personal que permita atender a las necesidades de renovación de los efectivos y a las nuevas funciones que la Administración ha de asumir en un entorno cambiante[40].

Por otro lado, a nadie se le escapa que los sistemas selectivos convencionales, que no han experimentado cambios significativos en las últimas décadas, están pensados fundamentalmente para la evaluación de conocimientos teóricos, pero no resultan útiles para valorar otro tipo de capacidades ni para seleccionar a los candidatos más idóneos para puestos de trabajo con perfiles específicos[41]. No basta con que los sistemas selectivos sean adecuados para excluir a los candidatos menos capacitados, sino que han de ser útiles para la captación del talento[42].

39. Así se ha pronunciado la STS de 29 de febrero de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, entre otras, denunciando que la excepción se convierta en regla general, sin subordinar el recurso a los sistemas de concurso-oposición o concurso de méritos a la mayor idoneidad de estos en relación con la naturaleza de las plazas o de las funciones a desempeñar.

40. En este sentido, puede verse Cuenca Cervera (2018: 53).

También Jiménez Asensio (2018: 22) se ha pronunciado sobre la necesidad de adoptar medidas de renovación de los procesos selectivos, en conexión con un planteamiento estratégico que dé respuesta a los problemas del envejecimiento del personal y a las exigencias derivadas de un escenario de revolución tecnológica que habrá de afrontar la Administración pública en los próximos años.

41. Como ha señalado De la Nuez Sánchez-Cascado (2018: 92-93):

"[…] la preparación de una oposición tradicional con las características habituales que están muy orientadas a la evaluación de conocimientos –en muchas ocasiones de carácter más bien teórico– quizás no es la más adecuada para seleccionar los perfiles más idóneos para determinados puestos de trabajo, básicamente aquellos que requieran habilidades de gestión, estrategia, innovación o asunción de riesgos.

Es decir, tenemos que abordar el reclutamiento de funcionarios que casi con total seguridad tendrán que afrontar tareas radicalmente diferentes a las que hoy conocemos por lo que hay que reflexionar sobre el tipo de perfiles que puedan adaptarse con más facilidad a cualesquiera necesidades de servicio público que aparezcan en las siguientes décadas".

42. Jiménez Asensio (2018: 18) se ha mostrado crítico con los sistemas de selección aplicables en el sector público español, por su obsolescencia y por su ineficiencia,

A tal efecto, se ha de destacar que la legislación aplicable no es un obstáculo para la diversificación del contenido de las pruebas selectivas[43]. Antes bien, la legislación básica admite una amplia tipología de pruebas selectivas que, a título de ejemplo, podrán consistir en la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes, expresados de forma oral o escrita, en la realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas, en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y, en su caso, en la superación de pruebas físicas[44].

Añadidamente, con el objetivo declarado de asegurar la objetividad y la racionalidad de los procesos selectivos, el TREBEP contempla la posibilidad de que las pruebas puedan completarse con la superación de cursos, de periodos de prácticas, con la exposición curricular por los candidatos, con pruebas psicotécnicas, con la realización de entrevistas o con reconocimientos médicos[45].

Así pues, las previsiones normativas mencionadas permiten considerar que es posible renovar y mejorar paulatinamente determinados aspectos de las pruebas selectivas, de modo que resulten idóneas para la selección del per-

y porque se centran en la "selección negativa" del personal y no en la captación del talento.

En la misma línea se han pronunciado Ramió y Salvador (2018: 161-168).

43. No obstante, como es lógico, la renovación del contenido de las pruebas selectivas no puede hacerse al margen de las normas ni de los principios rectores del acceso al empleo público. Por ejemplo, la STS de 27 de enero de 2022 (recurso de casación núm. 8179/2019) señala que las exigencias derivadas de los principios de publicidad y transparencia imponen que, en un proceso selectivo, el perfil profesiográfico que define los rasgos o factores a valorar en una prueba psicotécnica, y su sistema de baremación y corrección, se han de dar a conocer a los participantes en las pruebas selectivas con carácter previo a su realización.

Y en lo relativo a la cuestión de cuál debe ser el contenido del deber de motivación de la declaración de no apto en una prueba psicotécnica en la que se valoran rasgos o factores de personalidad y aptitudes y en qué momento debe exigirse tal deber, la STS de 27 de enero de 2022 remite a una clara doctrina de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, que da respuesta a esta cuestión de interés casacional en los siguientes términos:

"1º) La motivación de la declaración de no apto (suspenso o no superado) en una prueba psicotécnica en que se valoran rasgos o factores de personalidad y aptitudes, debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado de negar la aptitud de un candidato.

2º) tal deber ha de cumplirse en el momento de la decisión administrativa y, en todo caso, al dar respuesta a reclamaciones y recursos previos a la vía jurisdiccional, como medio adecuado para ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución Española".

44. No parece que el art. 61.2 TREBEP establezca un elenco cerrado de posibles pruebas selectivas.

45. Tampoco parece que estas previsiones del art. 61.5 TREBEP tengan carácter limitativo.

sonal del que las Administraciones deben dotarse para hacer frente a nuevas necesidades[46].

Por tanto, sin perjuicio de que los sistemas selectivos sigan valorando conocimientos sobre determinadas ramas del saber, nada impediría ir incorporando diversas pruebas adecuadas para valorar otro tipo de aptitudes[47], que, a su vez, podrían completarse con distintas actuaciones, prácticas o con formación adicional adecuada para valorar o reforzar las capacidades y habilidades específicas que en cada caso se requieran[48].

46. En este sentido, puede verse también Fondevila Antolín (2018: 105).

También los tribunales han tenido ocasión de declarar que es conforme a derecho que las bases de la convocatoria prevean la realización de un test de inteligencia general (TIG), porque es idóneo para valorar la adecuación de los aspirantes al perfil del puesto y a las funciones a desempeñar. La STSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso núm. 182/2020, señala que el TIG mide la "aptitud mental general", que es trasversal a todos los puestos y es una prueba adecuada para medir la aptitud general de los aspirantes a los puestos convocados, y añade que el art. 61 TREBEP no impide que este tipo de pruebas puedan ser determinantes para la superación del proceso selectivo.

En todo caso, la realización de este tipo de pruebas está sujeta a las garantías propias de cualquier prueba selectiva. Así, la STS de 15 de marzo de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, recurso de casación núm. 1131/2012, siguiendo la doctrina de las SSTS de 15 de diciembre de 2011, recursos de casación núms. 4928/2010 y 6695/2010, y de la STS de 2 de noviembre de 2012, recurso de casación núm. 973/2012, estima que las bases de la convocatoria del caso de autos adolecen de una marcada ambigüedad, pues en su referencia a "unas pruebas psicotécnicas, orientadas de un lado a evaluar la adecuación de las características de la persona participante en relación con el ejercicio de las funciones y de las tareas propias de la categoría de bombero/a", falta toda concreción de en qué deben consistir esas pruebas, de las que solo se fija la finalidad a la que se orientan las mismas.

Añade la Sala que en ninguna otra base se atribuye al Tribunal calificador la función de completar o integrar las bases, ni por tanto la de establecer la estructura de la prueba y los criterios en función de los cuales puede establecerse la adecuación entre las características de la persona y el ejercicio de las funciones y tareas de los bomberos.

Recuerda también el Tribunal Supremo que la fijación de esos criterios es expresiva de las actividades preparatorias o instrumentales que rodean al estricto juicio técnico; de modo que no se trata de una actividad reconducible a la discrecionalidad técnica, sino a sus aledaños. Pero aun aceptando a efectos dialécticos que el Tribunal calificador pudiera asumir la función de definir los criterios que vaya a aplicar, y que los criterios así definidos pudieran reconducirse al ámbito de la discrecionalidad técnica, lo que no ofrece duda alguna es que el hecho de tal definición debiera tener lugar en todo caso *ex ante* de las pruebas, y no *ex post*.

47. Sin perjuicio de mantener –y relativizar, en su caso– en los procesos selectivos las pruebas que sirven para valorar conocimientos teóricos, los expertos en la materia insisten en la conveniencia de potenciar otro tipo de pruebas que permitan valorar competencias críticas y otros rasgos de inteligencia y personalidad de los aspirantes a ocupar las plazas convocadas. Véase en este sentido, además de otros autores citados en este trabajo, Gorriti Bontigui (2018: 82).

48. En este aspecto insiste De la Nuez Sánchez-Cascado (2018: 93-95), considerando que, si bien resulta conveniente que la adquisición (y evaluación) de conocimientos específicos se mantenga en las pruebas de acceso a la función pública, estas pruebas deberían completarse con otro tipo de evaluaciones.

Respecto de la formación que puede proporcionarse a los candidatos que superen determinadas pruebas de acceso, es posible coincidir con esta misma autora en que podría funcionar como un incentivo adicional para la captación de talento joven, permitiendo, especialmente

2.4
Los procesos selectivos y los órganos de selección

2.4.1
La gestión de los procesos selectivos

Es sabido que, con carácter general, la actividad de las Administraciones públicas ha de sujetarse a los plazos y trámites del procedimiento correspondiente, y que la inobservancia de estos requisitos puede determinar la invalidez de la decisión adoptada. Obviamente, los procedimientos selectivos no pueden ser una excepción a la regla apuntada. Comenzando con la elaboración de las bases de la convocatoria, la efectiva convocatoria del sistema selectivo correspondiente, la determinación de la composición de los órganos de selección, continuando con la celebración y valoración motivada de las pruebas de los aspirantes, hasta terminar con la propuesta de nombramiento de los participantes que hayan superado el proceso, la tramitación de las distintas fases y la adopción de las decisiones procedentes han de ser conformes a derecho para que, de conformidad con los principios de eficacia y eficiencia de la actuación administrativa, el proceso selectivo pueda concluir de forma efectiva. De lo contrario, la posterior anulación total o parcial en vía judicial de las actuaciones practicadas comportará perjuicios considerables para la Administración convocante y para los aspirantes a las plazas convocadas.

Desde la perspectiva de la agilidad que debe regir el desarrollo de los procesos selectivos y la actuación de los órganos de selección[49], conviene recordar la exigencia de que la Oferta de Empleo Público se ejecute en el plazo establecido[50], lo que, a su vez, aconseja la fijación de plazos máximos para la celebración de las pruebas selectivas. Más allá de la exigencia general de economía y celeridad en la tramitación de los procedimientos administrativos, no conviene olvidar que, en buena medida, el exceso de temporalidad en el empleo público trae causa de la ausencia de una adecuada planificación de los recursos humanos, y de la falta de previsión, de convocatoria y de desarrollo ágil de los procedimientos selectivos necesarios para cubrir las necesidades estructurales de personal.

También aquí pueden tomarse en consideración las medidas de agilización de los procesos selectivos previstas por la Ley 20/2021, con el fin de que las Administraciones públicas cumplan el plazo establecido para la ejecución de los procesos de estabilización. Se trata de medidas tales como la reducción

a aquellos estudiantes que no han tenido esa oportunidad con carácter previo, la posibilidad de adquirir capacidades y habilidades adicionales, y garantizando así mejor el principio de igualdad de oportunidades.

49. Art. 55.2 f) TREBEP.
50. Art. 70.1 TREBEP.

de plazos, la digitalización de procesos o la acumulación de pruebas en un mismo ejercicio, entre otras, que, desde luego, pueden resultar apropiadas para el desarrollo ágil de cualesquiera procesos selectivos[51].

2.4.2
Los órganos de selección. Profesionalidad, especialización y estabilidad

La gestión de los procesos selectivos corresponde a los órganos de selección, respecto de los que el TREBEP establece algunas normas de composición y una serie de principios rectores de su actuación.

Así, la composición de los órganos de selección debe ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros[52]. A tal efecto, se excluye la participación en estos órganos del personal de elección o de designación política, de los funcionarios interinos y del personal eventual[53].

También por exigencias de los principios de imparcialidad e independencia a los que ha de ajustarse la actuación de los órganos de selección, la perte-

51. Algunas normas autonómicas han desarrollado estas previsiones, estableciendo disposiciones de reducción de plazos y simplificación de trámites de las distintas fases del procedimiento selectivo. Véase, en este sentido, el Decreto-ley Foral 2/2022, de 23 de mayo, de medidas para la realización de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, en las Administraciones Públicas de Navarra (art. 6).

En esta línea, el Real Decreto 407/2022, por el que se aprueba la oferta de empleo público para 2022, contempla en su art. 3 (apartados 3 a 7) diversas medidas para agilizar las convocatorias, para la reducción de cargas administrativas, y para ganar celeridad y eficiencia en el desarrollo de los procesos selectivos de competencia de la Administración General del Estado.

52. Véanse arts. 55.2 c) y 60.1 TREBEP.

En caso de no cumplirse los requisitos mencionados, las cuestiones relativas a la composición y capacidad técnica de los miembros del Tribunal calificador deben plantearse por los interesados tras la publicación de la convocatoria o antes de la celebración de las pruebas selectivas. Véase, en este sentido, la STS de 17 de diciembre de 2020, recurso de revisión núm. 38/2019.

53. Art. 60.2 TREBEP.

La STS de 30 de septiembre de 2021, recurso de casación núm. 8223/2019, plantea como cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la relativa a si los funcionarios de libre designación pueden considerarse personal "de elección o de designación política", de modo que les estuviera prohibido formar parte de los órganos de selección, según lo previsto por el artículo 60.2 del EBEP.

Pues bien, la STS de 30 de septiembre de 2021 concluye que pueden integrarse en órganos o comisiones de selección a los que se refiere el artículo 60 en relación con el artículo 46 del Reglamento General de Provisión, los funcionarios de carrera elegidos para puestos de libre designación mediante convocatoria pública, en los que ejerzan las funciones que les son propias, de conformidad con lo previsto en las relaciones de puestos de trabajo, sin que esta forma de provisión de plazas se identifique con cargos de elección o designación política.

nencia a los mismos será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse esta en representación o por cuenta de nadie[54].

Por su parte, el TREBEP[55] faculta a las Administraciones públicas a crear órganos especializados y permanentes para la organización de los procesos selectivos, permitiendo igualmente que puedan encomendar estas funciones a los Institutos o Escuelas de Administración Pública.

Es evidente que las disposiciones normativas expuestas pretenden garantizar no solo la correcta tramitación y conclusión de los procesos selectivos, sino también la selección del personal más idóneo en cada caso.

No es posible analizar en este apartado todos los trámites de los procesos selectivos, ni todos los aspectos relativos a la composición y a la actuación de los órganos competentes para su tramitación. Por ello, no se abordarán aquí, entre otras cuestiones, las relativas a la discrecionalidad técnica que rige la actuación de los órganos selectivos[56] ni al alcance del control judicial de sus valoraciones del mérito y la capacidad de los participantes en los procesos selectivos[57]. Es conocida la evolución de la jurisprudencia que se ha ocupado de separar el núcleo de la decisión discrecional de los aledaños de la misma, además de precisar las exigencias de motivación de los pronunciamientos de los órganos de selección[58]. Por lo demás, sobre esta materia existen también abundantes y relevantes estudios doctrinales[59].

54. Arts. 55.2 d) y 60.3 TREBEP.
55. Art. 61.4.
56. Art. 55.2 d) TREBEP.
57. Palomar Olmeda (2016) analiza la tendencia de la jurisprudencia relativa a diversos aspectos del empleo público local, incluyendo los pronunciamientos sobre el control judicial de las decisiones de los órganos de selección.
58. En esencia, en su formulación inicial, la jurisprudencia aludida respeta la discrecionalidad técnica de los juicios exclusivamente técnicos de los órganos de selección, que requieren conocimientos especializados, si bien dicha discrecionalidad está sujeta a algunos límites, que se concretan en la posibilidad de aplicar las técnicas de control que suponen los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho.

Posteriormente, esta jurisprudencia ha completado y ha precisado los límites del control judicial, diferenciando en la actuación de valoración técnica el "núcleo material de la decisión" y sus "aledaños".

La fase final de la evolución seguida por la jurisprudencia sobre la posibilidad y sobre la forma de llevar a cabo el control judicial de la discrecionalidad técnica de las comisiones encargadas de la valoración del mérito y la capacidad, viene determinada por la concreción del contenido de la motivación de la valoración realizada por dichos órganos para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada adecuada.

Puede verse un análisis más detallado de la jurisprudencia relativa a la revisión de los actos de selección y a la discrecionalidad técnica de los órganos de selección en Marina Jalvo (2013).

59. Tal como se viene haciendo en este trabajo, Mauri i Majós (2018: 117-124) incide también en la importancia de que los procedimientos selectivos se desarrollen con todas las garantías y concluyan de forma efectiva, y desde esta perspectiva estudia la doctrina elaborada por los tribunales de justicia sobre la gestión de los procesos de selección y el control de las decisiones de los órganos de calificación. Muy especialmente, el autor analiza la evolu-

Sin embargo, conviene incidir en la necesidad de garantizar la independencia, la especialización y la profesionalización de los órganos de selección encargados de gestionar los procesos selectivos, ya sean de estabilización del empleo temporal, ya sean de carácter ordinario.

En este sentido, teniendo en cuenta las disposiciones normativas ya mencionadas, así como las necesidades a las que nuestras Administraciones públicas han de atender en el momento actual y en el futuro más o menos inmediato, procede concluir, en buena lógica, que es preciso disponer de órganos de selección profesionales, especializados e independientes para un correcto desarrollo de los nuevos tipos de pruebas a los que se viene haciendo referencia en este trabajo[60].

Estos órganos de selección deberían tener carácter técnico y permanente, si bien, en tanto no se disponga de este tipo de estructuras, una opción adecuada podría ser la formación de órganos selectivos especializados para cada tipo de prueba[61].

---

ción y los principales hitos de la jurisprudencia relativa al control judicial de la discrecionalidad técnica de los órganos de selección.

Véase también Sánchez Morón (2015).

60. En este sentido, puede verse, por todos, Fondevila Antolín (2018: 107). El autor analiza las posibilidades que el marco normativo vigente permite para renovar los procedimientos de selección, así como su necesaria conexión con la especialización y profesionalización de los órganos de selección, prestando especial atención al papel que pueden desempeñar las escuelas de formación de funcionarios creadas por las comunidades autónomas.

61. Lo que no cabe, en ningún caso, es que la realización y valoración de las pruebas selectivas se haga por una empresa privada. Así lo declara la STS de 31 de marzo de 2016, recurso de casación núm. 994/2015, respecto de una de las bases de la convocatoria en cuya virtud una de las pruebas del proceso (evaluación de competencias) sería diseñada y evaluada por una empresa de psicometría especializada en la materia. En tal caso, se estarían atribuyendo a la empresa privada competencias públicas que corresponden en exclusiva al Tribunal calificador. Una cosa es, como señala la Sala, que el Tribunal solicite asesoramiento sobre una determinada materia del proceso selectivo, y otra muy distinta que se atribuya la realización de esa prueba a una empresa privada cuyos empleados no pueden ser recusados, su actuación no está sujeta a la legislación administrativa ni, por ello, a las exigencias de motivación, ni de determinación de los criterios de corrección del ejercicio tipo test; todo lo cual se traduciría en una falta de garantías de los opositores.

Cuestión distinta es la participación de sujetos privados en tareas de preparación, distribución y corrección de las pruebas de acceso. Teniendo en cuenta el art. 13.3 del Real Decreto 364/1995, en cuya virtud "[…] los Tribunales y las Comisiones Permanentes de Selección podrán disponer la incorporación a sus trabajos de asesores especialistas, para todas o algunas de las pruebas, de acuerdo con lo previsto en las correspondientes convocatorias. Dichos asesores colaborarán con el órgano de selección exclusivamente en el ejercicio de sus especialidades técnicas", los Tribunales estiman ajustados a este precepto aquellos supuestos en los que, de conformidad con lo previsto por las bases de la convocatoria, los órganos de selección acuerdan requerir la colaboración de sujetos externos especializados para la preparación y distribución de los cuestionarios y las hojas de respuestas, y para la corrección de los ejercicios. Adicionalmente, se requiere, por una parte, que los agentes externos no se extralimiten en sus atribuciones ni suplanten o cercenen las funciones del Tribunal calificador, y que no hayan sido designados ni contratados por el Tribunal con posterioridad a su nombramiento, sino por la Administración

En particular, por lo que respecta al ámbito local, para mejorar la gestión de los procesos selectivos de su competencia, a juicio de un autorizado sector de la doctrina, podría acudirse a la figura del convenio interadministrativo[62], asignando las tareas de ejecución de estos procesos de selección a los centros de formación de empleados públicos, que, a su vez, deberían adoptar las medidas adecuadas para crear e integrar en su organización a los órganos especializados en técnicas de selección[63].

También pueden resultar idóneas soluciones como las previstas en la disposición adicional primera de la Ley 20/2021 específicamente para municipios medianos y pequeños. La disposición citada permite a estos municipios encomendar la gestión material de la selección de su personal funcionario de carrera o laboral fijo –así como la del personal funcionario interino y personal laboral temporal– a las diputaciones provinciales, cabildos, consejos insulares, entes supramunicipales u órganos equivalentes en las comunidades autónomas[64]. Aun en el caso de que estas Administraciones no dispongan de estructuras profesionales y estables como las referidas en los párrafos anteriores, estarán en mejores condiciones que los municipios señalados para gestionar los procesos selectivos, tanto en el supuesto de procesos de estabilización como en de los procesos ordinarios de selección de empleados públicos.

En cualquier caso, puesto que es competencia de cada corporación local la selección de su personal[65], una vez finalizado el proceso selectivo por la Administración o estructura encomendada encargada, la autoridad competen-

convocante. Por otra parte, corresponde al órgano selectivo cumplir escrupulosamente sus funciones, dictando todas las resoluciones correspondientes. En este sentido, pueden consultarse las sentencias indicadas a continuación: STSJ de Cataluña de 12 de febrero de 1999; STSJ del País Vasco de 26 de febrero de 2001; STSJ de Madrid de 11 de marzo de 1998; STSJ de Castilla y León de 7 de octubre de 2003; STS de 20 de febrero de 2006.

62. Sobre este tipo de convenios, véanse, en especial, arts. 47.2 a), 48 y 49 de la LRJSP.

63. Véase, de nuevo, Fondevila Antolín (2018: 110).

En la misma línea incide Férez Fernández (2018: 138):

> "La institucionalización de estos órganos permanentes de selección plantea dos clases de reflexiones. La primera, sobre la conveniencia de aprovechar la actual red de Institutos o Escuelas de Administración en los diferentes ámbitos territoriales, […]. Nos parece lo más aconsejable por razones de eficiencia, así como para aprovechar la experiencia, como es el caso del INAP; pero siendo conscientes de que ahora los órganos permanentes de selección dependerán del correspondiente organismo de selección, que tendrá plenas competencias sobre su creación, composición y funcionamiento, y quien deberán presentar sus memorias y propuestas de mejora de los procesos selectivos.
>
> Y la segunda reflexión es sobre cómo articular las relaciones con los Entes Locales que, por su tamaño, no pueden crear organismos especializados de selección. En estos casos los más adecuado puede ser el establecimiento de convenios interadministrativos con el organismo de su Comunidad Autónoma o, si no existiese, con el de ámbito estatal".

64. Sobre el contenido y los supuestos de la encomienda de gestión, véase art. 11.1 LRJSP.

65. Véanse arts. 101.1 y 103 LBRL, y 11.2 LRJSP.

te de la entidad local nombrará o contratará, según proceda, a los candidatos que hayan superado el proceso selectivo[66].

3
Bibliografía

Arroyo Yanes, L. M. (2015). *El acceso al empleo público y la adquisición de la condición funcionarial: nuevas perspectivas para su regulación*. Barcelona: Atelier.

Boltaina Bosch, X. (2018). Los procesos selectivos "blandos" y sus efectos sobre la profesionalización del empleo público. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 2, 140-155.

Cantero Martínez, J. (2021). Los procesos de estabilización en la Administración local. *Anuario de Derecho Municipal*, 15, 141-182.

Casado Maestre, V., Huete García, M.ª Á., Merinero Rodríguez, R. y González Medina, M. (2018). La influencia de la iniciativa URBANA 2007-2013 en el desarrollo de la capacidad institucional de la administración municipal. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 20, 124-142.

Comisión de Expertos para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público. (2005). *Informe de la Comisión de Expertos para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

Cuenca Cervera, J. J. (2010). *Manual de dirección y gestión de los recursos humanos en los Gobiernos locales*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

— (2018). Instrumentos de planificación de recursos humanos y selección: ¿cambio de paradigma? *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 2, 52-65.

FEMP. (2018). *Estrategia de la Federación Española de Municipios y Provincias para el cumplimiento de la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Disponible en: http://femp.femp.es/files/566-2312-archivo/Estrategia%20ODS%20_FEMP_Compromiso%202030_junio2018.pdf (última visita: 17 de agosto de 2022).

66. Art. 102.2 LBRL: "En las pruebas selectivas, el tribunal u órgano similar elevará la correspondiente relación de aprobados al Presidente de la Corporación para hacer el nombramiento, a quien también corresponderá la resolución motivada de los concursos para la provisión de puestos de trabajo, previa propuesta de aquellos órganos de selección".

Férez Fernández, M. (2018). La configuración institucional de las comisiones de mérito en los procesos selectivos: experiencias comparadas y aplicación al contexto español. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 2, 126-139.

Fondevila Antolín, J. (2018). Repensar el diseño de los procesos selectivos en el empleo público: respuestas ágiles frente a las necesidades inmediatas y fortalecimiento de la especialización de los órganos de selección. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 2, 98-111.

Fuentetaja Pastor, J. A. (2015). Función pública local y reforma local. *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), 37, 41-75.

García Matíes, R. (2016). Las entidades locales y los objetivos de desarrollo sostenible. Algunas notas sobre la naturaleza jurídica de la Agenda 2030. *REALA Nueva Época*, 5, 1-10.

Gobierno de España. (2018). *Plan de acción para la implementación de la Agenda 2030. Hacia una Estrategia Española de Desarrollo Sostenible*. Disponible en: https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:6e0f06b9-a2e0-44c0-955a-dad1f66c11d7/PLAN%20DE%20ACCI%C3%93N%20PARA%20LA%20IMPLEMENTACI%C3%93N%20DE%20LA%20AGENDA%202030.pdf (última visita: 17 de agosto de 2022).

Gobierno Vasco. (2019). *Agenda 2030 LOCAL.* Cómo abordar los Objetivos de Desarrollo Sostenible desde el ámbito *local. Guía práctica*. Bilbao: Gobierno Vasco y Red Vasca de Municipios Sostenibles. Disponible en: https://www.euskadi.eus/gobierno-vasco/-/documentacion/2019/agenda-2030-local-como-abordar-los-objetivos-de-desarrollo-sostenible-desde-el-ambito-local-guia-practica/ (último acceso: 31 de julio de 2022).

González Medina, M. y Navarro, C. (2022). Capacidad institucional y contratación pública. Experiencias de aprendizaje organizativo informal en la administración local. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 29, 88-102.

Gorriti Bontigui, M. (2018). Innovar en la selección desde la evidencia empírica y las nuevas competencias. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 2, 66-84.

Jiménez Asensio, R. (2018). "Repensar" la selección de empleados públicos: momento actual y retos de futuro. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 2, 8-29.

Marina Jalvo, B. (2013). El acceso al empleo público. En M. Sánchez Morón (coord.). *Régimen Jurídico de la Función Pública* (pp. 239-286). Pamplona: Thomson Reuters-Lex Nova.

Mauri i Majós, J. (2018). Gestión de los procesos selectivos, discrecionalidad técnica y control judicial. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 2, 112-125.

Nuez Sánchez-Cascado, E. de la (2018). Acceso a la función pública: atraer talento y cambiar el modelo. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 2, 86-97.

Palomar Olmeda, A. (2012). Los sistemas de ordenación de la actividad profesional. En T. Cobo Oliveira y R. J. Vera Torrecillas (dirs.). *Empleo Público Local* (pp. 126-171). Madrid: La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos.

— (2016). Últimas tendencias jurisprudenciales en materia de empleo público en el ámbito local. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 10, 58-71.

Parada. R. y Fuentetaja, J. (2019). *Derecho de la Función Pública*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters.

Peña Molina, M. (2019). La consolidación como cauce diferencial con el acceso al empleo público. El supuesto de la Administración local. *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), 49, 308-325.

Pressman, J. L. y Wildavsky, A. B. (1973). *Implementation: how Great Expectations in Washington are Dashed in Oakland*. California: University of California Press.

Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T. de la (2016). *Las formas de actuación de las Administraciones públicas*. Madrid: Universidad Carlos III. Disponible en: https://ocw.uc3m.es/pluginfile.php/2885/mod_page/content/16/formas_actuacion_administraciones.pdf Última consulta, 16 de agosto de 2022.

Ramió, C. y Salvador, M. (2018). Relevo intergeneracional y procesos selectivos: ¿Cómo puede la Administración pública captar talento joven? *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 2, 156-170.

Rodríguez Villanueva, J. (2021). *La estructuración de la función pública española: diseño, gestión y posibilidades de optimización*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

Sánchez Morón, M. (2015). Sobre la discrecionalidad y la sana crítica. *Revista de Administración Pública*, 197, 209-222.

— (2021). *Derecho de la función pública*. Madrid: Tecnos.

Los procesos de estabilización en la Administración local

Jesús Fuentetaja Pastor
Catedrático de Derecho Administrativo (UNED)

1. **La temporalidad en la Administración local**
2. **La estabilización como medio de reducción de la temporalidad**
   2.1. El equívoco concepto de estabilización
   2.2. Los procesos de estabilización en la Ley 20/2021
      2.2.1. La estabilización vía concurso-oposición
      2.2.2. La estabilización vía concurso
   2.3. En particular, los méritos en los procesos de estabilización
3. **El marco jurídico de los procesos de estabilización**
4. **Regulación especial para los procesos de estabilización en la Administración local**
   4.1. La encomienda de gestión de los procesos de selección
   4.2. El temario de las oposiciones de estabilización en el ámbito local
5. **Conclusiones**
6. **Bibliografía**

Resumen

La reducción de las altas tasas de temporalidad en nuestras Administraciones públicas se ha articulado en la Ley 20/2021 a través del concurso-oposición y, de forma excepcional y polémica, mediante el concurso. Este proceso de estabilización resulta complejo, partiendo del propio concepto de estabilización, lo que se proyecta sobre la configuración concreta de cada procedimiento selectivo dentro del amplísimo margen que la normativa deja a cada Administración. En el caso de las Administraciones locales, la propia Ley establece medidas especiales para hacer frente a este proceso de estabilización.

Palabras clave: *estabilización; temporalidad; procedimiento de selección; concurso-oposición; concurso.*

Artículo recibido el 28/09/2022; aceptado el 11/10/2022.

The processes of stabilization in the local administration

Abstract

The reduction of the high temporary rates in our public administrations has been articulated in Law 20/2021 through the competitive exam and, exceptionally and controversially, through a less eliminatory and competitive selection process. This process of stabilization is complex, starting from the concept of stabilization itself, which is projected on the specific configuration of each selective procedure within the very wide margin that the regulations leave to each Administration. In the case of local administrations, Law 20/021 establishes special measures to deal with this stabilization process.

Keywords: stabilization; temporality; selection procedure; competitive exam; non-competitive exam.

1
La temporalidad en la Administración local

Si la temporalidad es un mal endémico en nuestras Administraciones públicas, el contexto institucional y sociológico de las entidades locales explica no solo la singularidad de algunas de sus causas en este ámbito, sino también la especialidad de régimen previsto para su solución a través de los procesos de estabilización. Sin perjuicio de afrontar tales singularidades y especialidades en este trabajo, resulta imprescindible ubicar ambos fenómenos (temporalidad y estabilización) desde una perspectiva general que permita su proyección sobre la Administración local e identificar así los problemas y retos que plantean en el ámbito local.

En lo que respecta a la temporalidad, resulta significativa la ocultación del dato cuantitativo en el Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. En efecto, los funcionarios interinos carecen de un dato desagregado específico, camuflándose en el impreciso apartado de "Otro personal", donde comparten expresión con el personal eventual. Mientras que el personal laboral temporal directamente no aparece ni mencionado, siendo estadísticamente indiferenciado con el personal laboral en general. En lo que respecta al sector público de las Administraciones locales, en todo caso, y partiendo siempre de las reservas de plenitud que los datos del Boletín pueden plantear, es interesante señalar, en primer lugar, que en enero de 2022

figuran 592 152 empleados públicos locales, con una tasa de "otro personal" (esto es, ni funcionarios de carrera ni personal laboral) del 14 % y de personal laboral del 54 % (dato que comprende, como hemos dicho, tanto al personal laboral fijo como al temporal). Con estas cifras, aunque no se pueda cifrar con rigor y precisión la temporalidad oficial estadística en la Administración local, resulta fácil de colegir su elevada presencia en el empleo público local.

Fuera de esta dimensión cuantitativa, lo cierto es que la Administración local no es una excepción a la proliferación de personal temporal a su servicio[1]. Ya el propio régimen jurídico del empleo público genera inherentemente una temporalidad estructural como consecuencia del amplio elenco de licencias, derechos y situaciones administrativas que permiten la interrupción provisional del desempeño efectivo de los puestos, a lo que se unen complejidades igualmente temporales de gestión de procedimientos de selección o de provisión. A ello habría que unir la mera decisión de prolongar desmesuradamente los nombramientos interinos o las contrataciones temporales con el simple expediente de no impulsar la ocupación reglamentaria de las vacantes, reflejo de una triste inercia administrativa o de una reprobable connivencia entre la Administración y sus empleados.

Lo cierto es que la reforma que la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, lleva a cabo del Estatuto Básico del Empleado Público respecto al régimen de los funcionarios interinos tiene precisamente como objeto y finalidad evitar los abusos en la temporalidad interina, estableciendo consecuencias regladas[2] a la finalización de las causas que justificaron los nombramientos. La nueva regulación es más precisa que la anterior, pero el tiempo dirá si la gestión práctica se acomoda consecuentemente a sus exigencias.

2
La estabilización como medio de reducción de la temporalidad

Junto a la nueva regulación de los funcionarios interinos (por tanto, una medida estructural en el ordenamiento), encaminada a evitar preventivamente el

1. Con una perspectiva más amplia que la tratada en este trabajo, resultan interesantes las reflexiones de Cuenca Cervera (2022).
2. Así, por ejemplo, en el caso de los nombramientos de funcionarios interinos en vacantes, la norma básica prevé ahora que "transcurridos tres años desde el nombramiento del personal funcionario interino se producirá el fin de la relación de interinidad, y la vacante solo podrá ser ocupada por personal funcionario de carrera" (art. 10.4, párrafo segundo, TREBEP).

uso abusivo de esta clase de empleados públicos, la Ley 20/2021 aborda el problema coyuntural de la inmensa acumulación actual de empleados públicos temporales en nuestras Administraciones. Se trata, por tanto, de "desatascar" el sistema con medidas de choque que reduzcan inmediatamente la temporalidad, tal y como reza el propio título de la Ley. Y a tal fin, se ha acudido a un instrumento ya utilizado en el pasado, remoto pero también reciente (por ejemplo, leyes de Presupuestos de 2017 y 2018), de nuestra función pública: los procesos de estabilización. Sin embargo, la Ley 20/2021 ha modificado los sistemas selectivos a través de los cuales se articulaba tradicionalmente la estabilización (concurso-oposición), una modificación que alcanza no solo al sistema en sí (al imponer el concurso), sino también a su contenido (al imponer una regulación cuantitativa y cualitativa de los méritos a valorar en el concurso-oposición). Y, en cualquier caso, la regulación de los sistemas de selección está condicionada por la equívoca comprensión del propio concepto de estabilización.

2.1
El equívoco concepto de estabilización

Las polémicas opciones de la Ley 20/2021 y su vergonzante redacción obedecen, en última instancia, a una sorprendente confluencia de general cobardía política, de parcial demagogia judicial, de comprensibles tergiversaciones de colectivos interesados y de incomprensibles doctrinas jurídicas que supeditan el interés general al individual, vaciando los principios de igualdad y de mérito.

Los procesos de estabilización encierran una contradicción intrínseca que inevitablemente se refleja en su régimen jurídico y que plásticamente se formula con el interrogante: "¿se estabilizan plazas o personas?"[3]. Es decir, la pregunta es si se consolidan personas que ya están trabajando a título temporal en la Administración, lo que constituye una concepción subjetiva de la estabilización, o bien se estabiliza objetivamente el título de ocupación de los puestos en la Administración, para que pase tal título jurídico de temporal a permanente, pero sin intención de que dicha transformación se haga también asumiendo la persona que actual y temporalmente desempeñe el puesto.

No está de más apuntar que este carácter equívoco del concepto de estabilización está alimentado por la aproximación tuitiva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha sido el factor desencadenante remoto no ya de los procesos de estabilización, sino de que la respuesta interna a los abusos en la temporalidad por nuestras Administraciones haya forzado

3. Cantero Martínez (2022a).

las costuras del traje constitucional de la función pública. Como decimos, la doctrina del Tribunal de Justicia sobre prohibición de discriminaciones de los trabajadores temporales, así como sobre el abuso en la utilización del personal en la Administración, se forja en el seno de la política social europea, encaminado a la protección del trabajador europeo, siendo escasamente sensible –aunque no los desconozca y asuma– a los principios esenciales de instituciones internas como la función pública. De ahí que en el concepto europeo de abuso en la temporalidad subyazca la comprensión de que la reacción sancionadora interna deba tener en cuenta la situación subjetiva del trabajador que padeció aquel. Lo cual, a su vez, justifica y explica que la regulación y la gestión de los procesos de estabilización incluyan elementos tendentes a favorecer a los trabajadores temporales, incluso independientemente de que la prolongación de sus relaciones pueda o no ser calificada como abusiva.

En efecto, la regulación de los procesos de estabilización que lleva a cabo la Ley 20/2021 es un dechado de contradicciones internas, de imprecisiones terminológicas, de oscuridades y de vacíos que potencialmente permiten aplicaciones concretas más que cuestionables, lo que en el ámbito local es más propicio por la atomización del marco jurídico de los procesos selectivos vía bases de los singulares procedimientos de selección.

Como decimos, los procesos de estabilización padecen la tensión que generan, por un lado, las expectativas –que no los derechos– de quienes han prestado servicios a título temporal en la Administración durante prolongados y, en muchas ocasiones, abusivos períodos de tiempo, y, por otro, el derecho de cualquier ciudadano a ingresar en condiciones de igualdad en la función pública sin ser discriminado –entre otras razones– por no haber prestado servicios previamente en la Administración. La admisibilidad de la diferencia de trato basada en la prestación previa de servicios en la Administración deberá ser valorada, en última instancia, conforme al principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta que, en el caso del concurso como sistema de estabilización, el sacrificio de la igualdad es prácticamente total por cuanto, aunque formalmente abiertos a cualquier ciudadano, solo quienes ostentan servicios previos tienen una mínima oportunidad de tener éxito.

En efecto, la Ley 20/2021 es consciente de las dudas de constitucionalidad que penden sobre su contenido, de ahí que no solo formalmente pretenda erradicar cualquier atisbo de proceso restringido (en este sentido la manida fórmula de que la articulación de los procesos selectivos, "en todo caso, garantizará el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad"), sino que también incluya una exposición de motivos con una rica argumentación encaminada a la justificación de la medida, partiendo de las exigencias del derecho europeo –no siempre bien

comprendido[4] y frecuentemente tergiversado[5], todo hay que decirlo– y de los límites constitucionales.

Sin embargo, a pesar de esta proclamación solemne de constitucionalidad y de respeto de los principios de igualdad y de mérito, la regulación básica de los procesos de estabilización está transida de medidas tendentes a favorecer al personal temporal en detrimento del resto de ciudadanos candidatos, reflejando la comprensión de tales procesos como instrumentos más de consolidación subjetiva de los empleados públicos temporales que de estabilización objetiva de las plazas. Y si este objetivo de consolidación subjetiva constituye un criterio implícito, pero al menos reflejado con prudencia, en la Ley 20/2021, lo cierto es que los desarrollos interpretativos, normativos y aplicativos de dicha ley por muchas Administraciones (particularmente las locales) están siendo abiertamente informados por la intención de que las plazas objeto de estabilización sean obtenidas por el personal temporal que actualmente las desempeña.

Así lo podemos observar en las previsiones normativas que establecen medidas como el propio concurso-oposición (art. 2), como sistema selectivo, y más aún el mero concurso (disposiciones adicionales sexta y octava); el peso de la fase de concurso en aquel, así como los méritos a valorar en la misma; la posibilidad de que la fase de oposición (o partes de la misma) no tenga carácter eliminatorio; la no aplicación en el ámbito local del contenido de las oposiciones que figura en el Real Decreto 896/1991. Como decimos, estas previsiones generales básicas constituyen opciones de política legislativa directamente encaminadas a favorecer al personal temporal que participe en los procesos selectivos de estabilización, si bien no dejan de presentar una cierta contención proporcional. El gran peligro es el desarrollo normativo y, sobre todo, aplicativo vía bases de cada procedimiento, que cada Administración lleve a cabo, donde el objetivo de consolidar al personal ya al servicio de las propias entidades locales se desborda en previsiones difícilmente compatibles con el principio de igualdad constitucional, pero también europeo, como veremos más adelante.

2.2
Los procesos de estabilización en la Ley 20/2021[6]

Como señalábamos anteriormente, los procesos de estabilización de personal temporal no son una innovación de la Ley 20/2021, pero sí la utilización del

4. Fuentetaja Pastor (2018); Ordóñez Solís (2022).
5. Fuentetaja Pastor (2020).
6. Imprescindible, sobre este tema, Mauri Majós (2022).

concurso como medio encaminado a tal fin. De esta manera, podemos diferenciar la estabilización ordinaria, por un lado, en la estela por ejemplo de las recientes leyes de Presupuestos de 2017 y 2018, y que se articula a través del sistema de concurso-oposición (art. 2 Ley 20/2021), y, por otro, la estabilización extraordinaria articulada mediante el concurso, incorporada a la Ley en trámite parlamentario.

2.2.1
La estabilización vía concurso-oposición

Continuando la senda de los procesos iniciados con las leyes de Presupuestos de 2017 y 2018, la Ley 20/2021 "autoriza una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal que incluirá las plazas de naturaleza estructural que, estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones Públicas y estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020".

Además de previsiones más o menos accesorias, como el rígido calendario para la aprobación y publicación de las ofertas de empleo público (antes del 1 de junio de 2022), para la publicación de las convocatorias, con sus bases (antes del 31 de diciembre de 2022), y para su resolución (antes del 31 de diciembre de 2024), o la novedosa apertura de la concreta articulación de los procesos a la negociación colectiva (cuando el Estatuto Básico solo contempla en tal negociación los criterios generales de acceso), la innovación más trascendental que la Ley 20/2021 introduce en este punto es el contenido mismo de las fases de oposición y de concurso.

Sensibles a las demandas del personal temporal, los elementos más importantes a tener en cuenta son:

- Se ha cifrado imperativamente el peso de los méritos en el total del sistema (el 40 %).
- Se condicionan los méritos que pueden ser valorados ("se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate"). La potencialidad de esta previsión no es solo cuantitativa ("mayoritariamente"), sino también cualitativa ("experiencia en el cuerpo […]"), abriendo la posibilidad a las bases de todo tipo de concreciones abusivas.
- Se permite matizar o limitar el carácter eliminatorio de la oposición, con la sibilina redacción que señala que pueden "no ser eliminato-

rios los ejercicios en la fase de oposición", lo que abre la puerta a vaciar de efectos pruebas de la oposición cuyo objeto es constatar la capacidad o el conocimiento de los candidatos para realizar determinadas funciones[7].

2.2.2
La estabilización vía concurso

Junto a la estabilización articulada a través del concurso-oposición, y que hemos calificado como ordinaria, la Ley 20/2021 permite la estabilización –es decir, el ingreso en la función pública como funcionario de carrera o como personal laboral fijo– de las plazas que "hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016".

La utilización del concurso como medio selectivo de ingreso en la función pública en el seno de los procesos de estabilización constituye, sin duda, la medida más polémica y cuestionable, introducida –si se nos permite la expresión– con la nocturnidad y alevosía propias de las enmiendas parlamentarias, en un ejemplo más de deformación política de instituciones fundamentales del sistema administrativo. Hay que recordar, además, que la Ley 20/2021 trae causa directa del Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, al ser resultado de su tramitación como proyecto de ley. Dicho Decreto-ley presentaba la coherencia propia de los procesos de estabilización de las leyes de Presupuestos de 2017 y 2018, limitando el sistema selectivo al concurso-oposición.

Con razón ha sido tachada de inconstitucional[8], lo que hoy día ni siquiera es un consuelo, no ya por la imprevisibilidad del futuro pronunciamiento de nuestro maltrecho Tribunal Constitucional, sino por la consciente estrategia de hechos consumados, que en el caso de la nulidad de procesos selectivos ha sido últimamente avalada por el Tribunal Supremo al amparo de la protección de la buena fe y de los derechos de los candidatos nombrados[9].

La Ley 20/2021 era consciente de las dudas de constitucionalidad que esta previsión suscitaría, razón por la cual pone énfasis en su articulado para calificar la medida como "excepcional", remachando que estos procesos arti-

7. Al respecto, es muy crítica Cantero, por el vaciamiento de la utilidad de las pruebas y porque su aplicación en el ámbito local resulta particularmente compleja, pues el RD 896/1991 impone el carácter eliminatorio: Cantero Martínez (2002a: 167-169).
8. Véase el contundente artículo de Jiménez Asensio (2022).
9. Chaves García (2020: 326-341).

culados por concurso "se realizarán por una sola vez". Además, el preámbulo despliega una exhaustiva mención de la jurisprudencia constitucional relevante sobre el tema. Sin embargo, fuera de estas adjetivaciones y de las plazas que se podrían estabilizar vía concurso, la Ley 20/2021 no contiene ninguna precisión más, abandonando en principio a las bases de cada procedimiento la concreción de los requisitos y méritos que serán valorados en cada concurso de acceso.

Es obvio que el concurso positivamente beneficia a quienes pueden esgrimir méritos por haber prestado servicios previamente a la Administración y negativamente limita o incluso impide a los ciudadanos que no han tenido tal oportunidad el poder participar en tales procedimientos de selección. Por mucho que formalmente los concursos estén abiertos a cualquier participante (lo contrario sería una discriminación directa de la norma), en la práctica solo pueden participar –en el sentido de tener la más mínima oportunidad de éxito– quienes pueden aducir méritos valorables conforme a las bases del concurso, lo que puede constituir una discriminación indirecta para quienes no han tenido ocasión de atesorar méritos de experiencia.

2.3
En particular, los méritos en los procesos de estabilización

La consideración de los méritos en los procesos de estabilización constituye la clave de bóveda de su sistema. En la medida en que la estabilización pretende objetivamente reducir la temporalidad estructural y subjetivamente tomar en consideración como mérito la prestación de servicios a título temporal en la Administración, el contenido y el alcance de esta experiencia en cuanto mérito se erigen en el elemento decisivo del sistema, aunque también es cierto que la tensión interna del concepto de estabilización se plasma en la compleja y problemática regulación de los méritos a que ello da lugar[10].

De hecho, esta toma en consideración de la experiencia no solo ha sido tradicionalmente bendecida por el Tribunal Constitucional, sino que también es asumida y regulada por el sistema como un mecanismo tanto de capacitación como de atesoramiento de méritos. Lo cual es tanto como decir que en determinados sectores de la actividad administrativa la temporalidad es conscientemente prevista como parte del sistema de ingreso en la función pública. Tal es el caso de las Administraciones sanitaria y educativa no universitaria,

10. Al respecto, el excelente análisis crítico y pormenorizado de Fondevila Antolín (2022).

donde la legislación básica relativa al estatuto de su personal establece el concurso-oposición como sistema selectivo ordinario[11].

Por tanto, el propio sistema de concurso-oposición y los ámbitos administrativos que lo erigen en método ordinario de acceso prevén el mérito de la prestación temporal de servicios previos, complementándolo con la fase de oposición en cuanto que mecanismo principalmente de constatación de la capacidad.

En cambio, el sistema de concurso presume la capacidad de los candidatos (de ahí la excepcionalidad de su utilización), la cual solo se constata en abstracto a través de la titulación requerida, a diferencia de la oposición o del concurso-oposición, donde la abstracta capacitación de la titulación es contrastada en concreto a través de las pruebas en que la oposición consista. De ahí que todo el peso del concurso repose en los méritos, por lo que la regulación de los mismos sea determinante y condicione el resultado final del procedimiento, sea en lo tocante a su admisión, sea en lo referente a su ponderación.

Partiendo de la formal apertura de los procedimientos de estabilización a todos los ciudadanos, para salvaguardar así el principio de igualdad, al menos directamente, la regulación y configuración de los méritos se revela esencial para la gestión de los procesos, pero también para valorar su encaje legal.

En sede de legislación básica (es decir, en la Ley 20/2021), los méritos son regulados solo en el ámbito del concurso-oposición, omitiendo cualquier mención siquiera a los mismos en el concurso de las disposiciones sexta y octava. Este silencio es lo primero que sorprende, pues la excepcionalidad del concurso –que la propia Ley proclama– exigiría del legislador un pronunciamiento expreso precisamente del contenido más sustancial –por no decir único– de este sistema selectivo. Abandonar dicho contenido a la legislación o normativa de desarrollo –escalón jurídico intermedio, antes de las bases, en el que probablemente ni siquiera estuviera pensando la Ley 20/2021–, y no digamos ya a las concretas y singulares bases de cada procedimiento selectivo –como decimos, el único instrumento jurídico aplicativo que contempla, además de la oferta de empleo público, la regulación básica–, no parece cohonestable con la reserva de ley que establece la Constitución en su art. 103.3.

En efecto, constitucionalmente se impone la determinación materialmente legislativa del estatuto de los funcionarios públicos, entendido este como derechos, obligaciones y responsabilidades de aquellos e incluidos los

11. En el ámbito de la educación no universitaria, LO 2/2006, de Educación, tal y como también señala la STC 51/2019, de 11 de abril. En cuanto al personal estatutario de los servicios de salud, su Estatuto Marco (Ley 55/2003, de 16 de diciembre) así lo recoge en su art. 31.1.

instrumentos organizativos que repercuten en el contenido esencial de ese estatuto. En el caso del acceso a la función pública, esto es, de la adquisición de la condición de funcionario (permanente, obviamente), el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a las funciones y los cargos públicos (art. 23.2 de la Constitución) refuerza la necesidad de un contenido legislativo mínimo que permita en la Ley reconocer los elementos esenciales que configuran el ingreso en la función pública, incluidos los procedimientos selectivos.

Pues bien, la Ley 20/2021 no incluye el más mínimo contenido que permita identificar el contenido y alcance de los méritos del concurso. Esta situación contrasta en la propia Ley cuando regula el contenido de la fase de mérito del concurso-oposición (art. 2). Ni siquiera acudir a la legislación básica general de función pública (en la actualidad el 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) nos permite integrar, siquiera de forma interpretativa, ese contenido. Y es que, al ser el concurso un medio excepcional que, además, solo podrá aplicarse en virtud de ley (art. 61.6, párrafo segundo, TREBEP), la comprensión del concurso en la normativa básica no solo exige formalmente una previsión en norma con rango de ley, sino también, implícitamente, una regulación de los méritos. Precisamente que el propio art. 61.6 del TREBEP solo mencione los méritos para señalar que el sistema de concurso consistirá únicamente en la valoración de aquellos, se encamina a evitar la deformación de dicho sistema mediante la adición de pruebas propias del sistema de oposición. Pero el carácter excepcional del concurso y que su contenido sea exclusivamente el mérito a valorar, junto a la necesidad de habilitación legal para su utilización, imponen que la ley regule el contenido y alcance de los méritos que permiten identificar legalmente al concurso en cuanto institución del sistema de función pública, máxime cuando articula el derecho fundamental de acceso[12].

12. Así lo vemos, por ejemplo, en el concurso de acceso previsto en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuando establece que puedan ingresar en la carrera judicial, por la categoría de magistrado del Tribunal Supremo o de magistrado, juristas de reconocida competencia (301.5). Su ingreso se realizará, como decimos, por concurso, entre juristas de reconocida competencia y con más de diez años de ejercicio profesional, exigiéndoles además la superación de un curso de formación en la Escuela Judicial. La propia Ley (art. 313) regula con mucho detalle no solo los méritos que las bases del concurso deberán recoger y graduar, sino también la necesidad de incluir "la realización de pruebas prácticas relativas a la elaboración de un dictamen que permita al tribunal valorar la aptitud del candidato". Más aún, en las bases se establecerán las previsiones necesarias para que el tribunal calificador pueda tener conocimiento de cuantas incidencias hayan podido afectar a los concursantes durante su vida profesional y que pudieran tener importancia para valorar su aptitud en el desempeño de la función judicial. Por último, para valorar los méritos aducidos por los solicitantes, las bases de las convocatorias establecerán la facultad del tribunal de convocar a los candidatos o a aquellos que alcancen inicialmente una determinada puntua-

Salvo que algún legislador autonómico haya terciado en el proceso de estabilización, lo cierto es que la Ley 20/2021 solo incluye las referencias cualitativas y cuantitativas ya señaladas sobre los méritos respecto al concurso-oposición, abandonando en cambio el concurso en manos de la Administración.

En ambos casos, no obstante, dos son los riesgos que se observan principalmente sobre esta amplia libertad de configuración de los méritos: por un lado, la limitación de méritos a la experiencia consistente en la exclusiva prestación previa a título temporal en la Administración; y por otro, y en una vuelta de tuerca más, que solo se tengan en cuenta o se valoren más favorablemente los servicios temporales prestados en la Administración convocante o incluso en el puesto convocado. Teniendo en cuenta, además, que el riesgo en fase de aplicación –esto es, en la singular valoración de méritos por los órganos de selección– es aún mayor y más sibilino incluso que en la propia redacción de las bases.

Todos ellos son criterios al servicio de la estabilización subjetiva, es decir, de la consolidación del personal temporal en las plazas objeto de estabilización, burlando los principios de igualdad y constituyendo una auténtica desviación de poder, vicio de invalidez tan invocado como difícil de demostrar, pero que la propia y concreta configuración de los méritos en las bases de los procedimientos selectivos puede constituir en muchos casos algo más que un mero indicio del mismo.

Es cierto que esta distinción que se puede realizar a la hora de regular o valorar los méritos (es decir, la experiencia profesional temporal principalmente) constituye una diferencia de trato que puede ser considerada una discriminación no justificada. Y ello no solo desde el punto de vista constitucional –sobre el que más se está incidiendo al enjuiciar este tipo de diferenciaciones–[13], sino también desde la perspectiva del derecho europeo

En efecto, resulta paradójico que a estas alturas se hayan olvidado unos y otros del derecho europeo. Este ha sido la causa remota de todo el terremoto que ha experimentado el régimen jurídico de la temporalidad en el empleo público español, desembocando ahora en este proceso de estabilización y antes –y a la vez– en la igualación de regímenes entre empleados públicos

ción a una entrevista, de una duración máxima de una hora, en la que se debatirán los méritos aducidos por el candidato y su "currículum" profesional, pero se advierte que dicha entrevista "tendrá como exclusivo objeto el acreditar la realidad de la formación jurídica y capacidad para ingresar en la Carrera Judicial, aducida a través de los méritos alegados, y no podrá convertirse en un examen general de conocimientos jurídicos".

13. Sin duda alguna el texto de referencia lo constituye el reciente estudio de Cantero Martínez (2022b: 142-177).

estables (funcionarios de carrera y trabajadores laborales fijos) y empleados públicos temporales.

En efecto, es conocido el proceso incruento –a diferencia de las polémicas y cuestionadas reacciones a las sanciones ideadas para remediar el abuso de la temporalidad– de convergencia de estatus jurídico experimentado jurisprudencial y legalmente por nuestra función pública, donde sobre todo los tribunales –sean internos o europeos– han llevado a cabo un reconocimiento de derechos casi total a los funcionarios interinos respecto a los funcionarios de carrera. Todo este proceso de convergencia de regímenes se ha basado en el principio de igualdad, en la medida en que no se podía discriminar a los trabajadores públicos temporales respecto a los permanentes cuando objetivamente las funciones y tareas realizadas eran idénticas o similares atendiendo a variados factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación o los requisitos exigidos para su desempeño[14].

La igualdad así concebida por el Tribunal de Justicia no se deriva exclusivamente de la Directiva 1999/70 para proteger las discriminaciones que puedan experimentar los trabajadores temporales respecto a los permanentes, sino que es expresión de un principio más general que trasciende a la citada norma y que puede perfectamente incardinarse en el derecho fundamental a la igualdad reconocido en la Carta de Derechos Fundamentales (art. 21), pero también en la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, de ámbito, por tanto, más universal que la célebre Directiva 1999/70. Todo este marco jurídico europeo, con su propia concepción y alcance del principio de igualdad, es plenamente aplicable a los procesos de estabilización que, como decimos, se justifican como respuesta al incumplimiento del derecho europeo, al que, por tanto, también se deben someter en cuanto que ejecución del mismo. No será, pues, de extrañar que la validez de los procesos de estabilización acabe siendo enjuiciada prejudicialmente por el Tribunal de Justicia no tanto por si constituyen una respuesta adecuada a los abusos en la temporalidad –en la línea ya mencionada que ha desencadenado el proceso– como por si los procesos de estabilización producen discriminaciones indirectas respecto a los ciudadanos que pretenden acceder al empleo público, al colocarles en una situación desproporcionadamente desventajosa al no haber prestado servicios previos en la Administración.

14. Se insiste en que toda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre igualdad entre trabajadores permanentes y temporales se basa en esta comparabilidad objetiva de funciones y tareas, por lo que todas las sentencias recaídas al respecto se fundamentan en dicha concepción de la igualdad entre empleados. Por ejemplo, *Rosado Santana,* 8 septiembre 2011 (C-177/10), n. 66; *Rodrigo Sanz*, 20 diciembre 2017 (C-443/16), n. 38.

3
El marco jurídico de los procesos de estabilización

Evidentemente, el marco jurídico básico, en todos los sentidos de este adjetivo, viene dado por la Ley 20/2021, donde se regulan –como ya hemos señalado– las opciones fundamentales de los procesos de estabilización, desde los sistemas selectivos utilizables hasta las plazas que deben ser incluidas[15], pasando por los méritos valorables y su ponderación. Sin embargo, la regulación es completamente disímil, pues mientras respecto a la estabilización ordinaria vía concurso-oposición se recogen los méritos que pueden ser considerados ("se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría": art. 2.4, segundo párrafo), la Ley 20/2021 –como hemos visto– calla estrepitosamente cuando de la estabilización extraordinaria vía concurso se trata.

Es un ejemplo de la parquedad del legislador básico estatal al desencadenar el proceso de estabilización, defiriendo, en principio, a cada Administración, en cada procedimiento selectivo, la concreción mediante las bases de los numerosos aspectos esenciales que determinan la configuración decisiva de los singulares procedimientos de selección. Como apuntábamos, la atomización de los procesos de estabilización es inevitable y excesiva, pues en principio la Administración aprobaría cada base de cada procedimiento directamente en aplicación de la Ley 20/2021. Pero en la medida en que esta omite y remite a otros instrumentos administrativos posteriores la determinación de numerosos aspectos esenciales, la heterogeneidad de situaciones y de previsiones entre bases y entre Administraciones constituye una realidad que pone en riesgo una igualdad básica de trato entre los ciudadanos.

Quizás para homogeneizar y, por tanto, para garantizar una mayor igualdad en ámbitos administrativos, pero también para establecer o blindar legislativamente ciertas opciones que pudieran llegar a ser cuestionables[16], algu-

15. Cuestión, por cierto, nada sencilla de dilucidar, como lo muestran las aquí sí útiles interpretaciones de la Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública sobre las *Orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021*. *Vid.*, igualmente, Losa Muñiz (2022) y, en el mismo número de la revista, la contribución de Boltaina Bosch (2022).

16. Como la restricción del ámbito subjetivo de los candidatos que pueden participar en los concursos extraordinarios de estabilización, impidiendo al personal que ocupe actualmente puestos en una Administración la posibilidad de presentarse. Por ejemplo, art. 5.2 del Decreto-ley Foral 2/2022, de 23 de mayo, de Navarra, de medidas para la realización de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre: "No podrán concurrir a los procedimientos selectivos de ingreso que se convoquen para estabilización de empleo temporal aquellas personas empleadas que ostentan la condición de personal fijo en el puesto de trabajo objeto de convocatoria en la Administración de la

nas comunidades autónomas han aprobado normativa de desarrollo de la Ley 20/2021.

Por su parte, el Estado, consciente de la escasa regulación básica de los procesos selectivos, se ha aventurado a aprobar una resolución interpretativa de carácter obviamente no vinculante, pero de efectos confundidores. Se trata de la Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública sobre las *Orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021*. Ciertamente nadie como el propio Estado para aclarar lo que quiso decir en la Ley 20/2021, pero también para intentar añadir vía interpretación lo que no se atrevió a incluir vía regulación. En efecto, estas Orientaciones introducen desarrollos propios no ya del reglamento, sino incluso de la propia Ley, a lo que estaría obligada por la reserva constitucional que el art. 103.3 de la Constitución establece, como puede verse en el anémico contenido legislativo del concurso extraordinario de estabilización, que contrasta, por su carácter excepcional, con el medio ordinario de estabilización (el concurso-oposición del art. 2 de la Ley 20/2021), cuya regulación es paradójicamente más completa.

Por mucho que se predique el carácter interpretativo y, por ello, no vinculante de tales Orientaciones, sabido es ya que lo jurídico no se agota en lo vinculante y que el llamado *soft law* administrativo despliega efectos propios, condicionando la actuación de los destinatarios de tales instrumentos y amparando la motivación de la actuación de la Administración y de los jueces. En el caso de las entidades locales que deben configurar sus propios procesos de estabilización, la influencia e incidencia determinante de estas Orientaciones es muy importante, porque resulta más sencillo atenerse a la interpretación que el propio Estado ha hecho de su ley para intentar evitar complicaciones impugnativas posteriores, aunque el posible mimetismo local al respecto bien pudiera derivarse de la equivocada comprensión de los efectos no vinculantes de las Orientaciones del Ministerio, tal y como en la práctica diaria en ocasiones se puede observar, donde aquellas se invocan con una intencionalidad que trasciende al mero argumento de autoridad.

Y aquí es donde la Resolución en cuestión se manifiesta confusa, pues, como señalábamos, no se limita a interpretar y aclarar el contenido de los

Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos. Las personas que no cumplan este requisito no podrán ser nombradas, quedando anuladas todas sus actuaciones, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por falsedad en su solicitud". O el Decreto-ley 6/2022, de 13 de junio, de nuevas medidas urgentes para reducir la temporalidad en el empleo público de las Illes Balears, expresamente aplicable a las entidades locales de las Islas Baleares, que fija, respecto al concurso-oposición, la forma de realizar la fase de oposición (puntuaciones, temarios, banco de preguntas, etc.), y respecto al concurso, los méritos y su baremación.

términos imprecisos y vagos que incluye en su redacción, sino que se atreve a desarrollar elementos que –al no figurar en el cuerpo de la Ley– forman parte de la autonomía de cada Administración y del margen de opciones que el propio legislador básico, por convicción o por otras razones, ha pretendido dejarles. El caso más significativo es el de la exhaustiva "explicación" de los méritos valorables y de su ponderación en el seno del concurso-oposición que articula el proceso ordinario de estabilización.

En lo que respecta al ámbito local, la disposición adicional primera de la Ley 20/2021 especifica que "los procesos de estabilización de empleo temporal en el ámbito local se regirán por lo dispuesto en el artículo 2" de su propia Ley, explicándose la omisión de la referencia en esta sede al concurso extraordinario de estabilización de las posteriores disposiciones adicionales sexta y octava en su posterior génesis parlamentaria, que no tuvo en cuenta el contenido de la adicional primera.

Fuera de ese desajuste técnico legislativo, lo relevante de la citada disposición adicional primera es la previsión de la no aplicación a los procesos selectivos locales que articulen la estabilización de determinados artículos del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración local, cuyo alcance desarrollaremos a continuación.

4
Regulación especial para los procesos de estabilización en la Administración local

Ya se han destacado, al hilo de la exposición general del régimen jurídico de los procesos de estabilización, las singularidades que la aplicación y desarrollo potencial de los mismos puede presentar en el ámbito local, aunque se podrían mencionar otras, como la aplicación de la estabilización a los funcionarios con habilitación de carácter nacional[17]. Esta singularidad local es tal

17. Castillo Blanco (2022). En todo caso, el Real Decreto 408/2022, de 24 de mayo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para la estabilización de empleo temporal en la Administración General del Estado correspondiente a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, ha incluido 807 plazas correspondientes a dicha escala. Por cierto, Real Decreto impugnado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local ante el Tribunal Supremo, que deniega las medidas cautelares porque "puede afirmarse de forma igualmente razonable que podremos dictar sentencia a principios de 2023. Los plazos previstos por la Ley de la Jurisdicción permiten asegurarlo. De este modo, nos habremos

que la propia Ley 20/2021 consagra normativamente una serie de "medidas para el ámbito local", en su disposición adicional primera. Estas medidas afectan, por un lado, a la gestión de los procedimientos de selección, y, por otro, al contenido de estos.

4.1
La encomienda de gestión de los procesos de selección

La complejidad de organizar un procedimiento selectivo dificulta que muchos municipios los puedan gestionar, jurídica y técnicamente. Incluso optan por estrategias de atracción de personal de otras Administraciones –estatal y autonómicas, sobre todo–, mediante libres designaciones y estimulantes complementos específicos. Si a ello añadimos el hecho de que durante muchos años las ofertas de empleo público han estado limitadas, nos encontramos con municipios donde sus empleados no han gestionado nunca un procedimiento selectivo o donde su organización resulta ineficiente o ineficaz.

La Ley 20/2021 impone la convocatoria de procedimientos de selección para reducir la temporalidad de las Administraciones públicas, incluidas obviamente las locales. No es, pues, una opción prescindir de estos procedimientos, pues las plazas y los puestos ocupados temporalmente deben ser incluidos en los procesos de estabilización. Ante la carga de gestión que esto pudiera suponer para muchos municipios, la Ley 20/2021 ha explicitado una opción que, en realidad, siempre estaba a su disposición en ejercicio de su potestad de autoorganización, expresión de la autonomía local que institucional y constitucionalmente se garantiza a las entidades locales.

En efecto, atendiendo a la incapacidad o dificultad de muchos municipios para organizar los procedimientos de selección de su personal y exceptuando, por ello, a los municipios de gran población, el apartado primero de la disposición adicional primera de Ley 20/2021 establece que aquellos "podrán encomendar la gestión material de la selección de su personal funcionario de carrera o laboral fijo a las diputaciones provinciales, cabildos, consejos insulares, entes supramunicipales u órganos equivalentes en las comunidades autónomas uniprovinciales", posibilidad que hace extensiva inmediatamente

pronunciado sobre la legalidad de los extremos controvertidos por el Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local del Real Decreto 408/2022 antes de que hayan avanzado esos procedimientos hasta un punto en el que puedan producirse los perjuicios a que alude el recurrente en el supuesto de que nuestra sentencia sea estimatoria" (ATS 26 julio 2022, núm. rec. 695/2022).

a la selección de los empleados públicos temporales (funcionarios interinos y personal laboral temporal).

Se hace, pues, necesario recordar los términos generales de la regulación de la encomienda de gestión (art. 11 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público), para comprender su contenido y articulación cuando tenga por objeto la selección de empleados públicos locales.

En lo que respecta, en primer lugar, a la justificación de las encomiendas de gestión, según la LRJSP, estas se llevarán a cabo "por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño", causas que implícitamente contempla la Ley 20/2021 al establecer esta posibilidad que se abre a los municipios, pero que estos deberán explicitar y concretar al recurrir eventualmente a ella.

En segundo lugar, es preciso analizar el objeto de la encomienda. El régimen general de la encomienda de gestión establece que esta tendrá por objeto "[l]a realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades". El objeto de la encomienda es importante no solo por constituir el contenido de esta, sino también porque dicha encomienda puede exclusivamente hacerse en beneficio de otra Administración que posea la capacidad y los medios técnicos para realizar las actividades propias de la encomienda, y que la Ley 20/2021 identifica con las diputaciones provinciales, cabildos, consejos insulares, entes supramunicipales u órganos equivalentes en las comunidades autónomas uniprovinciales.

Como es característica genuina de la encomienda de gestión, se insiste en que su objeto lo constituyen "actividades materiales o técnicas", no jurídicas. Como especifica la propia Ley 40/2015, "[l]a encomienda de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda" (art. 11.2).

Por tanto, en el caso de la encomienda de gestión de procesos selectivos, el municipio debe establecer el marco jurídico del procedimiento selectivo, asumiendo la entidad a quien se encomienda la gestión la realización exclusiva de las actividades técnicas y materiales en que consiste el procedimiento de selección. Por tanto, el municipio que encomienda debe aprobar la oferta de empleo público, la convocatoria y las bases del procedimiento selectivo concreto, correspondiendo a la entidad a quien se encomienda toda la gestión

administrativa, material y técnica, en que consiste la valoración y mensuración de capacidades y méritos (pruebas, exámenes, evaluación de méritos, infraestructura material, etc.).

El juego encomendante y encomendado responde, en realidad, a la división de funciones, básica e institucional, con la que el sistema de función pública organiza el sistema de selección: la Administración, por un lado, y el órgano de selección, por otro. La primera adopta decisiones en ejercicio de su discrecionalidad administrativa (sobre todo la aprobación de las bases, estableciendo las pruebas a realizar, los méritos a valorar, etc.), mientras que el órgano realiza la actividad de discernimiento y gradación del mérito de los candidatos en ejercicio de su discrecionalidad técnica.

Así pues, el municipio continúa siendo la Administración convocante del procedimiento de selección, estableciendo su régimen jurídico y, en todo caso, resolviendo el procedimiento con los nombramientos finales sobre la base de los resultados elaborados por la entidad a la que encomendó la gestión, material y técnica, de la valoración de méritos. Esto último lo deja meridianamente claro el apartado segundo de la disposición adicional primera de la Ley 20/2021, cuando establece que, "[f]inalizado el proceso selectivo, la autoridad competente de la entidad local nombrará o contratará, según proceda, a los candidatos que hayan superado el proceso selectivo".

Sea como fuere, la delimitación de "actos jurídicos" y "actividades materiales y técnicas", que corresponderían respectivamente al municipio encomendante y a la entidad a la que se encomienda la gestión, puede resultar en ocasiones imprecisa. Y es que la gestión material y técnica del procedimiento selectivo incluye inevitablemente actividad jurídica. Por ejemplo en forma de actos administrativos en los que figuran los resultados de las diferentes pruebas o fases de selección, así como en la resolución de las alegaciones o reclamaciones ante los propios órganos de selección, o incluso en los actos interpretativos de las propias bases que integran estas en fase de aplicación (por ejemplo, al señalar la forma de acreditación de méritos).

Finalmente, no está de más señalar que esta previsión que permite a los municipios de régimen común encomendar la gestión material y técnica de los procesos selectivos a otras entidades no limitaría su eficacia al ámbito específico de los procesos de estabilización regulados por la Ley 20/2021, sino que constituiría una previsión permanente en el ordenamiento local. Aunque, como ya se señaló, tal previsión no hace sino explicitar una posibilidad derivada de la potestad de autoorganización de los municipios, inherente a la autonomía local, y que la Ley 20/2021 se cuida mucho de salvaguardar al regular esta posibilidad, como decimos, como una facultad y no como una obligación.

Lo cual, respecto a los propios procesos de estabilización, no deja de revestir importancia, pues precisamente los municipios, a pesar de las explicadas dificultades para organizar procedimientos selectivos, se muestran renuentes a ceder la gestión de la valoración de capacidades y méritos de los procedimientos selectivos que convocan, por el interés –humano y económico– de los municipios convocantes en estabilizar a su personal temporal y no tanto las plazas ocupadas temporalmente.

4.2
El temario de las oposiciones de estabilización en el ámbito local

Como señalamos anteriormente, la disposición adicional primera de la Ley 20/2021 establece que, para los procedimientos selectivos que articulen el proceso de estabilización en el ámbito local, no serán de aplicación los arts. 8 y 9 del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración local.

Se trata de un guiño más al personal temporal que se presente a los procedimientos de estabilización, pues, como es sabido, tales artículos regulan con carácter básico los ejercicios teóricos y prácticos que deben observar las entidades locales al configurar sus sistemas selectivos, y que incluyen, en particular, unos contenidos mínimos, de materias tanto generales como específicas, así como un número mínimo de temas según el grupo o subgrupo al que corresponda la plaza.

Se trata, en todo caso, de una inaplicación de tales preceptos limitada a los concretos procesos selectivos que se organicen al amparo de la Ley 20/2021, si bien hace tiempo que se cuestiona no ya la oportunidad de esos artículos, sino del propio Real Decreto 896/1991, en un contexto actual de intensa interiorización autonómica de la función pública local.

5
Conclusiones

La configuración jurídica de los procesos de estabilización establecidos en la Ley 20/2021 plantea dudas sobre su constitucionalidad e, incluso, sobre su conformidad al derecho europeo, aunque en ambos casos desde la doble perspectiva de quienes se ven favorecidos o perjudicados por su regulación. Además de esa regulación estática de estos procesos, la dinámica que los

desarrolle encierra potencialmente múltiples problemas que son particularmente evidentes en el ámbito local: empezando por la propia inclusión o exclusión de plazas en las ofertas de empleo público, continuando con la redacción y aprobación de las bases (sobre todo estableciendo requisitos o méritos más o menos ostensiblemente discriminatorios o sesgados, en particular en la determinación del carácter y origen de la experiencia a valorar), y terminando con el propio funcionamiento potencial de los órganos de selección, donde la desviación de poder dista de ser un vicio meramente teórico (más aún si tenemos en cuenta la espada económica de Damocles que pende sobre las arcas públicas locales en forma de compensaciones económicas que hay que abonar a los empleados temporales que no obtengan plaza en los procedimientos selectivos de estabilización).

Sea como fuere, los procesos de estabilización pretendían solucionar el problema del abuso de la temporalidad, pero el propio abuso de los procesos puede propiciar una conflictividad jurídica y social que traslade el problema a otro escenario del empleo público, sin garantía segura de solución para ambos.

6
Bibliografía

Boltaina Bosch, X. (2022). La Ley 20/2021 de estabilización del empleo temporal y el personal laboral de la Administración Local. Su interrelación con el RD-Ley 32/2021 de reforma laboral. En J. Fondevila (coord.). *Los procesos de estabilización. Una solución definitiva o el origen de un futuro conflicto sin fin* (*El Consultor de los Ayuntamientos*, Especial II, 113-132).

Cantero Martínez, J. (2022a). Los procesos de estabilización en la Administración local. *Anuario de Derecho Municipal 2021*, 141-182.

— (2022b). *Temporalidad y estabilización en el empleo público. Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en la Administración*. Thomson Reuters Aranzadi.

Castillo Blanco, F. (2022). ¿Son de aplicación los procesos de estabilización de personal temporal a los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional? En J. Fondevila (coord.). *Los procesos de estabilización. Una solución definitiva o el origen de un futuro conflicto sin fin* (*El Consultor de los Ayuntamientos*, Especial II, 78-92).

Chaves García, J. R. (2020). *La ejecución de sentencias en los procesos contencioso-selectivos*. Wolters Kluwer.

Cuenca Cervera, J. (2022). ¿Esta vez es la definitiva? Reducción de la temporalidad y profesionalización del empleo público local. En J. Fondevila (coord.). *Los procesos de estabilización. Una solución definitiva o el origen de un futuro conflicto sin fin* (*El Consultor de los Ayuntamientos*, Especial II, 48-64).

Fondevila Antolín, J. (2022). El metauniverso de las pruebas y méritos exigibles en los procedimientos de estabilización. En J. Fondevila (coord.). *Los procesos de estabilización. Una solución definitiva o el origen de un futuro conflicto sin fin* (*El Consultor de los Ayuntamientos*, Especial II, 133-159).

Fuentetaja Pastor, J. (2018). *Función pública y derecho europeo*. Civitas Thomson Reuters.

— (2020). La utilización abusiva de los funcionarios interinos ante el derecho europeo: entre la transformación en funcionarios de carrera y el derecho a indemnización. *RAP*, 212, 201-230.

Jiménez Asensio, R. (2022). La inconstitucionalidad de (determinados enunciados de) la Ley 20/2021 de reducción de la temporalidad en el empleo público. En J. Fondevila (coord.). *Los procesos de estabilización. Una solución definitiva o el origen de un futuro conflicto sin fin* (*El Consultor de los Ayuntamientos*, Especial II, 13-25).

Losa Muñiz, V. (2022). Análisis y propuestas para la identificación de plazas objeto de procesos especiales de estabilización y su instrumentación. En J. Fondevila (coord.). *Los procesos de estabilización. Una solución definitiva o el origen de un futuro conflicto sin fin* (*El Consultor de los Ayuntamientos*, Especial II, 65-77).

Mauri Majós, J. (2022). Los procesos de estabilización del personal funcionario interino en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. En J. Fondevila (coord.). *Los procesos de estabilización. Una solución definitiva o el origen de un futuro conflicto sin fin* (*El Consultor de los Ayuntamientos*, Especial II, 93-114).

Ordóñez Solís, D. (2022). La nueva legislación española de 2021 para la reducción de la temporalidad en el empleo público a la luz de la jurisprudencia europea. En J. Fondevila (coord.). *Los procesos de estabilización. Una solución definitiva o el origen de un futuro conflicto sin fin* (*El Consultor de los Ayuntamientos*, Especial II, 26-47).

Medidas de prevención y sanción del abuso de la temporalidad en el ámbito local

Josefa Cantero Martínez
Catedrática de Derecho Administrativo.
Universidad de Castilla-La Mancha

1. A modo introductorio. El problema de la temporalidad en el ámbito local

2. Sobre la necesidad de analizar bien sus causas antes de buscar soluciones genéricas y de difícil ejecución

3. Medidas para prevenir los abusos en el empleo de relaciones temporales

3.1. Una mejor regulación del interinaje que incide en su carácter temporal

3.2. La fijación de medidas de seguimiento e información sobre la temporalidad

3.3. La promoción de criterios de actuación para evitar los abusos

3.4. La atribución directa de responsabilidades a la Administración: su obligación legal de evitar irregularidades

4. Las medidas previstas para sancionar los abusos de la temporalidad

4.1. La nulidad de la actuación administrativa que implique incumplimiento de los períodos máximos de permanencia en la Administración

4.2. El derecho a recibir una compensación económica por parte del empleado público que ha sido objeto de un abuso

4.3. La exigencia de las responsabilidades que procedan y los problemas causados por la inconcreción del legislador

4.3.1. Puede ser considerada como una medida idónea para sancionar los abusos, según la cláusula 5.ª de la Directiva comunitaria

4.3.2. La identificación de los sujetos responsables

4.3.3. ¿Qué tipo de responsabilidad: penal, contable, disciplinaria?

4.3.4. La exigencia de responsabilidad patrimonial directa del responsable del abuso

5. Bibliografía

Artículo recibido el 29/07/2022; aceptado el 29/09/2022.

Resumen

En este trabajo se analiza fundamentalmente el problema de la temporalidad en el ámbito local. Se reflexiona sobre las múltiples soluciones aportadas por el legislador básico estatutario para prevenir los abusos en las relaciones laborales de carácter temporal. Con este objetivo se establece un régimen muy detallado del interinaje, que incide especialmente en el carácter temporal de esta figura y en la imposibilidad de acceder al estatus de funcionario de carrera sin someterse a los correspondientes procedimientos selectivos. Asimismo, producida una situación de abuso, se estudian las medidas de sanción que, siguiendo las orientaciones proporcionadas por la jurisprudencia comunitaria, ha establecido la *Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.*

Palabras clave: *funcionario interino; temporalidad; nulidad; responsabilidad patrimonial; compensación económica; prevención; sanción; responsabilidad contable; responsabilidad penal; responsabilidad disciplinaria.*

Prevention measures and sanction of the abuse of the temporality in local administration

Abstract

The article studies the problem of temporality in the local administration. It addresses the multiple solutions provided by the basic state legislator to prevent abuses in temporary labor relations. In this line, a very detailed internship (temporary civil servant) framework is established, which affects especially the temporary character of this institution and the impossibility of accessing the status of permanent civil servant without submitting to the corresponding selective procedures. Likewise, in case of abuse, the article explores the sanctioning measures that, following the guidelines provided by the CJEU's case law, have been established by Law 20/2021, of December 28, on urgent measures for the reduction of temporary employment public.

Keywords: temporary civil servant; temporality; nullity; liability; financial compensation; prevention; penalty accounting responsibility; criminal liability; disciplinary responsibility.

1
A modo introductorio. El problema de la temporalidad en el ámbito local

Las relaciones de trabajo temporal en la Administración son absolutamente imprescindibles en la medida en que aportan flexibilidad a la organización y permiten la continuidad de los servicios públicos. Desde esta perspectiva no deberían ser vistas como un elemento forzosamente dañino y disfuncional para las Administraciones públicas. El problema se plantea cuando se abusa de ellas porque el porcentaje de empleados públicos temporales de la plantilla es muy elevado o se utiliza impropiamente para dar respuesta a necesidades estructurales de la Administración, lo que denota la existencia de un problema organizativo mal resuelto. En estos supuestos, la temporalidad se convierte claramente en una patología organizativa y en un verdadero problema para nuestros poderes públicos porque el derecho comunitario sencillamente ya no lo permite[1].

No es fácil conocer a ciencia cierta el número de empleados temporales que han sido objeto de un abuso en su contratación o nombramiento, más que nada porque los datos no son homogéneos en todas las Administraciones ni en los distintos sectores de actividad. Aunque contamos con varias fuentes de información y datos estadísticos sobre el empleo público, cada una de estas fuentes responde a finalidades no necesariamente coincidentes y mide cosas distintas, por lo que no es de extrañar que los resultados sean también diferentes en sus cifras (Luxán Meléndez, 2020: 42). Podemos hacernos una ligera idea si tenemos en cuenta que, según los últimos datos publicados en el Registro Central de Personal, el sector público de la Administración local comprende 592 152 y solo el 31,77 % tienen la condición de funcionario de carrera. El 54,15 % son empleados laborales y el 14,08 % tienen la condición de "otro personal", donde se incluye al personal eventual, a los funcionarios

1. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado numerosos pronunciamientos sobre esta cuestión, declarando que el régimen jurídico que se aplica al problema de la temporalidad del empleo en la Administración y, en especial, la interpretación realizada por nuestros jueces y tribunales, es contraria a la cláusula 5 de la *Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada* (en adelante, Acuerdo Marco). Y ello porque el Estado español no dispone de medidas adecuadas para prevenir estos comportamientos abusivos y, llegado el caso, para sancionarlos adecuadamente (STJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-16/15). Las numerosas denuncias presentadas por algunas plataformas de interinos ante la Comisión Europea han motivado la apertura de un procedimiento de infracción relativo a la posible incompatibilidad del derecho español con dicha cláusula.
https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/live_work_travel_in_the_eu/reply_pm_es_public_sector_ftwd_20210729_es.pdf (consultado el 31 de octubre de 2022).

interinos y al personal funcionario de plazas no "escalafonadas"[2]. Estos datos no nos permiten conocer el detalle de cuántos empleados laborales tienen contratos temporales ni qué concreto porcentaje de funcionarios interinos existe en cada Administración local, ni mucho menos conocer en qué plazas se ha cometido realmente un abuso en la utilización de los vínculos temporales. En cualquier caso, los porcentajes son muy altos. Basta tener en cuenta lo que ocurre con el colectivo del personal funcionario con habilitación de carácter nacional para hacernos una idea. Existen 4838 funcionarios locales habilitados y se han convocado para estabilizar 807 plazas por ser "abusivas" a los efectos comunitarios[3].

En el documento de trabajo 17/2022 elaborado por la Red Local de Administración Pública en mayo de 2022 (*Red Localis*), se pone de manifiesto que en las pequeñas y medianas entidades locales estos porcentajes se podrían situar por encima del 30 % o del 40 % de media de las plantillas de personal. Estos datos se han obtenido a partir de una muestra que se hizo en más de 35 entidades locales de menos de 20.000 habitantes, considerando sus autores que dichas cifran podrían ser extrapolables al resto de las pequeñas y medianas entidades locales (Garrido y Povedano, 2022: 9). Por lo demás, estos datos son coincidentes con la tasa general del 30 % de temporalidad que se menciona en la exposición de motivos de la Ley 20/2021.

Aunque el problema de la temporalidad no es nuevo, su solución se ha convertido ya en una exigencia comunitaria insoslayable que deriva directamente de la cláusula 5 de la *Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada* (en adelante, Acuerdo Marco) y de la jurisprudencia comunitaria que la ha interpretado. La norma parte de la idea esencial de que el derecho a la estabilidad en el empleo es un componente primordial de la protección de los trabajadores y obliga a los Estados miembros a adoptar medidas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos que se produzcan en la temporalidad de las relaciones laborales. La cláusula no había sido transpuesta adecuadamente al ordenamiento español, y esto ha

2. Ministerio de Hacienda y Función Pública (2022). *Boletín Estadístico de Personal al Servicio de las Administraciones Públicas,* enero 2022. Unos 526 307 prestan sus servicios en los ayuntamientos (19,37 %) y 65 845 en las diputaciones, los cabildos y los consejos insulares (2,42 % del total de efectivos). Disponible en: https://www.mptfp.gob.es/dam/es/portal/funcionpublica/funcion-publica/rcp/boletin/Boletines/220101_Boletin_Enero_2022.pdf.pdf.

3. *Real Decreto 408/2022, de 24 de mayo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para la estabilización de empleo temporal en la Administración General del Estado correspondiente a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.*

supuesto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea haya declarado la incompatibilidad de nuestro marco jurídico funcionarial con las exigencias que se derivan de dicha cláusula[4].

Aunque el derecho de la Unión establece la obligación de adoptar medidas preventivas, no enuncia sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos, sino que se remite directamente a cada uno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía de procedimiento de estos y conforme al conjunto de sus normas internas. Aunque esta cláusula no tiene efecto directo, exige que estas medidas no sean menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad). Cuando el derecho de la Unión no prevea sanciones específicas en el caso de que se hayan constatado abusos, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que deben ser no solo de carácter proporcionado, sino también suficientemente eficaces y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco (SSTJUE de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C –212/04, y de 7 de marzo de 2018, Santoro, C – 494/16, punto 29).

Es decir, desde el punto de vista de la Directiva europea y desde la primacía del derecho comunitario, existen una pluralidad de opciones, y todas ellas pueden servir como medidas disuasorias de comportamientos eventualmente abusivos o, en su caso, como medidas de sanción de los abusos ya cometidos. A partir de este marco, la Comisión Europea ha dirigido indicaciones a España sobre la necesidad de acometer reformas estructurales para atajar la excesiva temporalidad, que han sido recogidas en el componente 11 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. En este documento se prevé la elaboración de un nuevo instrumento normativo con el objetivo de situar la tasa de temporalidad por debajo del 8 % en el conjunto de las Administraciones públicas. Resultado de todo ello fue la aprobación del *Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio,*

4. Ello fundamentalmente a raíz de las tres famosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, que después fueron matizadas por sus sentencias de 5 de junio de 2018 (asunto 677/16, caso Montero Mateos) y de 22 de enero de 2020 (asunto C 177/18, Baldonedo Martín). Más recientemente ha clarificado su doctrina, entre otras muchas, a través de sus sentencias de 19 de marzo de 2020 (asuntos C-103/18, Domingo Sánchez Ruiz, y C-429/18, Berta Fernández Álvarez y otras) y de 3 de junio de 2021 (asunto C-726/19, IMIDRA).

de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, que, tras su convalidación y posterior tramitación parlamentaria por el procedimiento de urgencia, se convirtió en la *Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público*.

El legislador ha querido mirar hacia el pasado y hacia el futuro. La mirada hacia el pasado le ha llevado a establecer nuevos y polémicos procesos de estabilización, como medida complementaria inmediata para solucionar el problema de las altas tasas de temporalidad ya existentes en las Administraciones públicas (Cantero Martínez, 2022: 140). La mirada hacia el futuro ha supuesto la introducción en el régimen funcionarial de nuevas medidas que pretenden evitar que vuelva a generarse este problema en la Administración. Para ello, la Ley 20/2021 ha introducido una nueva disposición adicional decimoséptima en el *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* (TREBEP), que constituirá el objeto principal de este trabajo. Se trata, en definitiva, de un marco jurídico muy completo que, en principio, excedería con creces de las escuetas exigencias que se derivan de la cláusula 5.ª del Acuerdo Marco. En todo caso, existe un límite muy claro e insoslayable en cuanto a la sanción que han de recibir los abusos cometidos por la Administración, que no pueden suponer bajo ningún concepto la transformación automática de una relación de servicio temporal en una relación de servicio permanente. Esta opción está vetada en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que el acceso a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo solo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

En este artículo abordo una primera aproximación a las múltiples medidas establecidas para el control de la temporalidad en el empleo público, distinguiendo –a efectos puramente sistemáticos– entre aquellas medidas que están destinadas a prevenir los abusos y aquellas otras que actúan *a posteriori*, cuando el abuso ya se ha producido. El primer objetivo se pretende conseguir estableciendo básicamente un régimen muy detallado de la figura del funcionario interino que perfila su carácter temporal en la Administración, cierra sus expectativas de convertirse en funcionario de carrera sin someterse a los procedimientos selectivos y tipifica los supuestos del cese. Se da una nueva regulación a los arts. 10 y 11 del Estatuto Básico del Empleado Público para establecer una regulación mucho más perfilada y minuciosa del funcionario interino, y se introducen algunas exigencias básicas respecto a la contratación del personal laboral que faltaban en nuestro ordenamiento jurídico. Como medidas más importantes para el cumplimiento

del segundo objetivo de la Ley, el de la sanción del abuso, se utiliza la institución de la nulidad absoluta o de pleno derecho para las actuaciones administrativas que supongan un incumplimiento de los períodos máximos de permanencia en la Administración. Asimismo, se establece un novedoso sistema de compensaciones económicas para los empleados temporales "de larga duración" que extingan su vínculo con la Administración, y se exigen responsabilidades al sujeto causante del abuso.

Se trata de una regulación básica estatal que vincula a todas las Administraciones públicas y que pretende seguir algunas de las orientaciones proporcionadas por la justicia comunitaria sobre las sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias del abuso de la temporalidad en el empleo público. Al introducir todas estas cuestiones en el TREBEP, el régimen será el mismo en todas las Administraciones locales y en todo el territorio nacional. Además, y con buen criterio, regula de forma igualitaria la sanción para los abusos de las relaciones en el empleo público, ya sean laborales o funcionariales. Se produce así un paso más en la consolidación de un régimen estatutario de derecho público para el personal laboral de la Administración, que pasa directamente de las soluciones aportadas por el Estatuto de los Trabajadores, aunque tamizadas por la jurisprudencia con la creación del llamado "personal indefinido no fijo" (PINF), a soluciones de derecho público más respetuosas con el marco constitucional que rige el acceso a la Administración. Se abandonan así algunos intentos jurisprudenciales que habían apuntado en la dirección contraria, hacia la traslación de la solución judicial del ámbito social al ámbito del derecho administrativo a través de la figura que se denominó funcionario "indefinido no fijo", pues, al fin y al cabo, se trataba de una suerte de categoría jurisprudencial atípica y extranormativa (Fuentetaja Pastor, 2018: 314).

Por lo demás, estas nuevas previsiones son de aplicación únicamente respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a la entrada en vigor de la norma, esto es, desde el 30 de diciembre de 2021 o, mejor dicho, desde el 8 de julio de ese mismo año, puesto que esta fue la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 14/2021. Como se ha señalado, "esta duplicidad de regímenes provoca una cierta bipolaridad, que podrá ir superándose en la medida en que los interinos en precario (y este calificativo nos parece que pudiera ser el que mejor definiera la figura vista hacia el pasado) vayan desapareciendo y den paso a los funcionarios interinos temporales que sean nombrados desde el 8 de julio de 2021 en adelante, y que irán sustituyendo a aquellos en las oficinas públicas, con la casuística que pudiera presidir esta regeneración de la figura y el alcance que la misma tenga finalmente" (Arroyo Yanes, 2021: 139).

2
Sobre la necesidad de analizar bien sus causas antes de buscar soluciones genéricas y de difícil ejecución

La Ley 20/2021 contempla varias medidas para evitar que vuelva a reproducirse este problema una vez que concluyan los procesos de estabilización de plazas temporales de naturaleza estructural que hay pendientes. Algunas de ellas son bastante extremas, aunque de difícil ejecución práctica, tal como sucede con la exigencia de responsabilidades a la Administración y al responsable del abuso. Para poder valorar la efectividad del nuevo modelo es preciso previamente analizar las causas de este problema, pues solo ello nos permitirá vislumbrar si el legislador ha incidido con acierto a la hora de diseñarlas.

Efectivamente, el problema de la temporalidad no obedece solo a una causa concreta, sino que son múltiples los factores económicos y organizativos que han provocado esta situación. A mi juicio, el incumplimiento de normas y la ausencia de una política planificadora y regular de convocatorias de procesos selectivos son dos de las causas más importantes del problema de la temporalidad. La inadecuada gestión de la oferta de empleo público y la propia configuración arcaica de los procesos selectivos inciden de modo directo en la temporalidad. Como ya denunciara el Defensor del Pueblo, es relativamente habitual que las convocatorias para cobertura definitiva de plazas vacantes permanezcan sin llevarse a efecto durante mucho tiempo. No existe, salvo alguna excepción, una política estable de convocatorias periódicas y sistemáticas, preferentemente con carácter anual, de las plazas vacantes[5]. En la mayoría de los casos se cubren por personal interino hasta su provisión definitiva, que no llega y provoca que el interino se eternice en la Administración.

Ya la *Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público* (EBEP) adoptó medidas muy razonables para evitar el abuso de la temporalidad, incidiendo directamente en el problema del interino nombrado para ocupar una plaza vacante. Dispuso con carácter obligatorio cómo debía proceder la Administración en estos casos. La Administración podía optar, o bien por la amortización de la plaza, o bien por su inclusión en la oferta de empleo público correspondiente al ejercicio en que se producía el nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente (art. 10.4). Este mecanismo se completaba con las previsiones establecidas en su art. 70 sobre la oferta de empleo público, que debía ejercitarse en el plazo máximo e improrrogable de

5. Defensor del Pueblo: *Informe sobre funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público*, Madrid, 2003.

tres años. Sobre este marco jurídico se ha pronunciado la jurisprudencia comunitaria y ha considerado que es plenamente compatible con la cláusula 5.ª del Acuerdo Marco siempre que se cumpla, claro está (STJUE de 3 de junio de 2021, Sala Séptima, asunto IMIDRA [C-726/19], y STS de 28 de junio de 2021, de la Sala de lo Social). Sin embargo, el mecanismo no ha funcionado. En unas ocasiones porque lo han impedido las estrictas tasas de reposición de efectivos y en otras simplemente porque la Administración no ha actuado y ha incumplido sus obligaciones legales, dando incluso lugar a la aparición de la figura del funcionario interino "de larga duración" (STC 20/2001, de 29 de enero).

Sorprende, efectivamente, que estas políticas organizativas desacertadas, consistentes directamente en la inaplicación de las normas, en la pura desidia e inactividad de la Administración, se hayan venido tolerando con tanta normalidad y de manera sostenida sin que ello haya tenido consecuencias jurídicas para sus responsables, máxime cuando suponen un daño tan considerable para los principios de igualdad, mérito y capacidad y comprometen la eficacia de la actuación administrativa. No es de extrañar que se haya considerado que esta patología tiene efecto sobre la propia democracia y sobre las bases del Estado de derecho (Nevado-Batalla Moreno, 2021: 117-118). En todo caso, ello nos debe poner sobre la pista de la necesidad de ser muy tajantes en el cumplimiento de las normas y exigir incluso responsabilidades en caso de cometer algún tipo de irregularidad en esta materia o ante la mera inactividad de la Administración. De poco sirve tener un marco normativo adecuado si después no se respeta y ello no tiene ninguna consecuencia jurídica para su responsable. En este sentido, el legislador ha querido proclamar doblemente la responsabilidad de la propia Administración y del personal causante de la irregularidad, aunque con poco tino y con una gran dosis de imprecisión a la hora de atribuirla.

Tampoco se han utilizado adecuadamente las herramientas de ordenación y gestión que prevé el TREBEP y que permiten estructurar adecuadamente las necesidades de personal y la provisión de los puestos de trabajo. La evolución y permanencia de la temporalidad, como señaló el Informe del Consejo Económico y Social, guarda estrecha relación con la adecuación de las RPT, la correcta utilización de las convocatorias y los procedimientos selectivos, así como la eficacia de otros mecanismos de provisión de puestos como, por ejemplo, la movilidad de los empleados públicos[6]. Sin embargo, muchas Ad-

6. Informe del Consejo Económico y Social: *La temporalidad en el empleo en el sector público. Informe 3/2004*, aprobado en la sesión ordinaria del Pleno de 22 de diciembre de 2004, pp. 111 y 129.

ministraciones locales no utilizan adecuadamente los instrumentos de ordenación de personal, lo que constituye una fuente de confusión sobre el personal fijo necesario y posibilita el recurso a la contratación de personal temporal para la provisión de necesidades permanentes y habituales.

Pero, sin duda, en este conglomerado de causas han jugado un papel muy destacado las causas de naturaleza económica y presupuestaria, que traslucen cierta falta de adecuación entre la dimensión de las necesidades de dotación de plantillas para la prestación de los servicios públicos y la capacidad real de financiación de las Administraciones locales. La falta de una adecuada financiación de los servicios públicos lleva a muchos ayuntamientos a acudir a otras fuentes de financiación de carácter extraordinario y no estables, como fondos o programas finalistas. Estas políticas tienen su repercusión inmediata en la temporalidad del empleo público, en la medida en que impiden a las Administraciones públicas crear nuevos puestos de trabajo o proceder a una cobertura definitiva de los puestos vacantes. Se explica así que, en el ámbito de la Administración local, el elevado porcentaje de temporalidad se relacione también de forma estrecha con causas de naturaleza económica ligadas a la prestación de servicios por parte de los ayuntamientos, como nivel más cercano al ciudadano, y su capacidad financiera y presupuestaria. Responden a un volumen cada vez mayor de demandas de servicios sociales y de proximidad, provocadas por importantes cambios sociodemográficos como, por ejemplo, el envejecimiento poblacional o la inmigración[7].

Las razones presupuestarias también han tenido una importancia singular en el problema de la temporalidad a través de las limitaciones que las leyes anuales de presupuestos han venido imponiendo para la dotación de plazas de nuevo ingreso, mediante el mecanismo de la tasa de reposición de efectivos. Durante muchos años se ha utilizado esta política, no solo con la intención de controlar el gasto público en materia de personal, sino también con la intención de reducir la extensión del empleo público. No solo limita la posibilidad de reponer las bajas ocasionadas en las plantillas, sino que frena de raíz la posibilidad de dotarse de personal adecuado para llevar a cabo nuevas actividades o prestar nuevos servicios públicos. El efecto real que ello produce suele ser un incremento del número de empleados en situación de interinidad, pues, por un lado, no se reduce el que ya ocupa vacantes, y, por otro, se acude con cierta frecuencia a nuevos nombramientos o contrataciones puntuales sin el trámite previo de la oferta de empleo público (Sánchez Morón, 2012:

7. Seguimos el Informe del Consejo Económico y Social: *La temporalidad en el empleo en el sector público. Informe 3/2004,* aprobado en la sesión ordinaria del Pleno de 22 de diciembre de 2004, editado en enero de 2005, pp. 107 y ss.

389). No es de extrañar que las tasas de reposición se hayan convertido en un instrumento completamente perturbador de las políticas de selección y de renovación de efectivos, que impide una gestión racional y eficiente de los recursos humanos y que apenas ahorra nada porque se proyecta sobre el pasado, sobre otros ejercicios presupuestarios, no sobre el que se aprueba (Jiménez Asensio, 2019; Boltaina Bosch, 2021a: 83). Se trata de un instrumento especialmente disruptivo de la gestión de personal que impide la planificación de las políticas de personal para la adecuada dotación de las plantillas, toda vez que, aunque se conozca el número de funcionarios que se van a jubilar en los próximos años, no tiene capacidad para gestionarlas con anticipación.

En fin, tampoco hay que descartar que se haya utilizado conscientemente la temporalidad como una técnica organizativa que hace más cómoda la gestión del personal. En la medida en que el personal interino carece de la nota de la inamovilidad en la función pública, no se garantiza su inmunidad frente al sistema de alternancia política, lo que facilita la "orientación del personal, ya que hay quienes prefieren la lealtad derivada de la vinculación política o la necesidad económica/laboral, a la capacidad técnica y por tanto a la plena profesionalidad que siempre se anuda a la estabilidad" (Nevado-Batalla Moreno, 2021: 126 y 131).

Sin duda, al menos desde un punto de vista meramente formal, la nueva regulación supone un importante avance en esta materia. El legislador cumple con creces las exigencias que la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE requiere a los Estados, para evitar los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada o de nombramientos abusivos de funcionarios interinos. Otra cosa será desde el punto de vista material. Puesto que las causas del problema de la temporalidad están bien identificadas, cabe plantearse si, en atención a nuestra propia experiencia durante estos años, la reforma será realmente efectiva y servirá para introducir un verdadero cambio cultural y de gestión en la Administración local que permita llevar a cabo políticas coherentes de dotación de personal.

Si verdaderamente se quiere sortear este problema, debería incidirse en todas estas causas. La verdadera "disuasión" de futuras conductas abusivas de las situaciones de interinidad no habría de pasar por fórmulas "sancionadoras", teniendo en cuenta que el sujeto causante va a ser siempre una Administración o sus entes instrumentales, sino más bien por una modificación legal más adecuada y efectiva para "asegurar el cumplimiento, temporal y sustantivo, de los diferentes procesos selectivos, en el marco de procesos realmente estratégicos de racionalización del empleo público y sobre la base de los principios constitucionales de mérito y capacidad" (Mellado Ruíz, 2021: 97). El reto no es baladí de cara al problema que ya se está planteando de envejeci-

miento de las plantillas y que supondrá en los próximos años la jubilación de la mitad de los empleados públicos. Por otra parte, como se ha señalado, para evitar la reproducción futura del problema de la temporalidad en el ámbito local habría que tocar al menos dos palancas esenciales que no se abordan en la Ley. Por una parte, una planificación estratégica de las plantillas que determine las necesidades permanentes y estructurales de personal a la luz de la entidad local y en relación con las competencias asumidas, y por otra, la implicación de los Gobiernos locales intermedios en la organización del acceso, garantizando la eficacia y la vigencia del sistema de mérito. En ambos casos se requiere de liderazgo político, capacidad técnica y diálogo social (Cuenca Cervera, 2022: 48). En este sentido, la Ley 20/2021 parece caminar en la buena dirección cuando establece expresamente la posibilidad de que los municipios más pequeños puedan encomendar la gestión material de la selección de su personal funcionario de carrera o laboral fijo, o de su personal funcionario interino o laboral temporal, a diputaciones provinciales, cabildos, consejos insulares, entes supramunicipales u órganos equivalentes en las comunidades autónomas uniprovinciales (disposición adicional primera).

3
Medidas para prevenir los abusos en el empleo de relaciones temporales

La cláusula 5.ª del Acuerdo Marco no especifica las medidas que deben adoptar los Estados y les permite que sean ellos mismos quienes definan las herramientas necesarias para impedir los abusos, en atención a las prácticas nacionales y de conformidad con sus propios ordenamientos. Lo único que exige es que dichas medidas, las que sean, permitan respetar la finalidad última de la Directiva. En este sentido, puede decirse que el legislador ha querido cumplir bien con la Comisión Europea estableciendo una acumulación de prácticamente todas las medidas conocidas. Posiblemente ello haya sido así porque parte de los fondos *Next Generation* depende de que cumplamos los compromisos asumidos en esta materia, por las presiones de los colectivos de interinos afectados o simplemente porque existe una sincera voluntad de que no vuelva a repetirse este problema. Ha reforzado el carácter temporal de la figura del funcionario interino, estableciendo por vez primera un plazo máximo de duración para el nombramiento de interinos por plaza vacante. Detalla las causas de nombramiento con un mayor rigor, al igual que las causas que motivan su cese. Establece la obligación de realizar un seguimiento sobre las tasas de temporalidad en las distintas Administraciones, de adoptar medidas

de promoción y conocimiento de estas políticas, y atribuye responsabilidades a la Administración –y a los responsables de evitar las irregularidades– en caso de que se produzca alguna relación abusiva.

3.1
Una mejor regulación del interinaje que incide en su carácter temporal

Puede decirse que el régimen jurídico del interino se encuentra actualmente sometido a un importante proceso de transformación. La jurisprudencia comunitaria está haciendo evolucionar a marchas forzadas su estatus jurídico. Por una parte, propende a su asimilación con el régimen jurídico del funcionario de carrera en aplicación del principio comunitario de no discriminación entre empleados temporales y empleados fijos comparables. En el ámbito de la función pública, la comparabilidad se establece entre el funcionario interino y el funcionario de carrera. De hecho, la doctrina ha resaltado la convergencia de la figura del funcionario interino con la del funcionario de carrera. Por otra parte, y al mismo tiempo, la jurisprudencia está explicitando y ampliando también para el personal funcionarial temporal el carácter tuitivo y protector que caracteriza al derecho laboral en cuanto a las irregularidades que se producen en el nombramiento o en la utilización abusiva de esta figura. Como veremos, se le ha reconocido el derecho a recibir una compensación económica en caso de prolongación irregular de su vínculo temporal.

La nota esencial que ha caracterizado clásicamente al funcionario interino es su marcado carácter temporal, la duración determinada y temporalmente acotada del vínculo que le une con la Administración[8]. Se trata de una figura que, precisamente por no tener carácter permanente y por su agilidad en su selección, aporta flexibilidad a la gestión administrativa y permite el correcto funcionamiento de los servicios públicos, evitando que la actuación de la Administración al servicio del interés general pueda verse comprometida o quedar paralizada por falta de empleados. Cumple así una clara función institucional (Fuentetaja Pastor, 2020b: 89-90). El carácter temporal se explicita en el apdo. 1 del art. 10, tanto en la referencia a su nombramiento como en la delimitación del plazo máximo de su duración. En el supuesto de nombramiento en plazas vacantes, cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera y por un máximo de tres años; en el supuesto

8. Resultan de interés, entre otros, los trabajos de Fuentetaja Pastor (2020c); Sánchez Morón (2019, 2020); Roqueta y Goerlich (2021); y Cantero Martínez (2017).

de nombramiento por sustitución, por el tiempo estrictamente indispensable que motive el nombramiento; en el supuesto de nombramiento para ejecutar programas de carácter temporal, por un máximo de tres años, ampliable doce meses más por las leyes de función pública de cada Administración, o en el supuesto de exceso o acumulación de tareas, por un plazo máximo de nueve meses, dentro de un periodo de dieciocho meses.

La Ley 20/2021 ha introducido una regulación más extensa y precisa del régimen de los funcionarios interinos, dando una nueva redacción al art. 10 del TREBEP. Ha introducido elementos que permiten resaltar todavía más la temporalidad de la figura, insistiendo en tres ideas que son esenciales: su nombramiento no puede dar lugar, en ningún caso, al reconocimiento de la condición de funcionario de carrera; se trata de una figura exclusivamente de carácter temporal y tiene como finalidad la cobertura inmediata de un puesto por razones de necesidad y urgencia. Aunque eran aspectos consustanciales al interino y así han sido acreditados por la jurisprudencia de forma inconcusa, no viene mal insistir formal y expresamente sobre ellos, sobre todo de cara a su control por parte de la Comisión Europea y al cumplimiento escrupuloso de las exigencias que establece la cláusula 5.ª de la Directiva.

Nuestro ordenamiento jurídico ha configurado de forma clásica al funcionario interino como una concreta modalidad de empleado público que se caracteriza por la temporalidad del vínculo que mantiene con la Administración, por desempeñar puestos que corresponden a los funcionarios de carrera y por estar sometido a normas de derecho administrativo. Estas notas básicas configuradoras del interinaje ya se establecieron en los años sesenta del siglo pasado y se han mantenido inalteradas hasta la actualidad. Clásicamente no ha sido necesario regular la duración máxima de esta figura porque ello iba implícito en su nombramiento, por contraposición con la figura del funcionario de carrera, que disfruta de la garantía de la inamovilidad en la función pública. Como ha señalado Fuentetaja Pastor, en su propia denominación iba ínsita su temporalidad, por mucho que a continuación su articulación jurídica no terminara de garantizar técnicamente dicha temporalidad (Fuentetaja Pastor, 2020b: 89). La experiencia nos ha demostrado, no obstante, que esto no es suficiente. De ahí la intervención del legislador.

Con esta voluntad, nuestro actual marco jurídico fortifica el carácter temporal de la figura del personal interino. Aclara los procedimientos de acceso a la condición de personal interino. Continúa en la línea de objetivar los supuestos habilitantes de su nombramiento y causaliza también su cese, de forma semejante a lo que ocurre en el derecho laboral. El objetivo último no es otro que descartar cualquier expectativa de permanencia en la Administración. Para ello, da una nueva redacción al art. 10 del TREBEP que, de acuerdo

con la cláusula 5.ª del Acuerdo Marco, refuerza la noción de provisionalidad de la figura del personal funcionario interino, a fin de delimitar claramente la naturaleza de la relación que le une con la Administración. Algunos autores han destacado que este precepto habría sido "completamente remozado" con la reforma, que ha venido a establecer otros cambios del máximo interés, hasta el punto de reconfigurar su perfil "en unos términos que lo volverían totalmente irreconocible, si no fuera porque se han injertado en un tratamiento jurídico que se encontraba ya muy asentado y por el que se venían rigiendo ya los nombrados interinos bajo el régimen anterior, llamado a quedar sustituido con el paso del tiempo" (Arroyo Yanes, 2021: 139-140).

La nueva redacción del art. 10.1.a) del TREBEP ha introducido algunas precisiones de interés al autorizar el nombramiento de funcionarios interinos por la existencia de plazas vacantes, cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera. La principal novedad introducida consiste en la delimitación temporal de su nombramiento, que no podrá exceder de un máximo de tres años. La Ley completa y clarifica el escueto régimen previsto en la redacción originaria de este precepto en sus puntos 1 y 4, que se limitaban meramente a determinar el supuesto de hecho del nombramiento en los mismos términos que la regulación actual y a establecer que dichas plazas debían ser incluidas en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decidiera su amortización.

Este tipo de nombramientos ha sido el más problemático. Incluso en el supuesto de que la Administración cumpliera a rajatabla las obligaciones que derivan de este precepto e incluyera ese puesto en la oferta de empleo público, dado que su ejecución puede prolongarse hasta tres años (art. 70 del TREBEP), la permanencia del interino en la Administración podría prolongarse hasta 4 o 5 años, en el caso de que el puesto de trabajo se incluyera en la oferta correspondiente al año siguiente al nombramiento. En el peor de los escenarios, o bien porque se incumplía este mandato o bien porque las limitaciones de las tasas de reposición de efectivos lo impedían, su permanencia en la Administración podía extenderse casi *sine die.* Lo mismo sucedía cuando caducaban las ofertas de empleo público. Buen reflejo de ello se aprecia, por ejemplo, en el caso analizado en la STJUE de 3 de junio de 2021, en el asunto C-726/19, IMIDRA, donde se denuncia el retraso sistemático que se ha producido en nuestro país en la organización de los procedimientos de selección por el cumplimiento de obligaciones legales derivadas de las leyes de presupuestos adoptadas a raíz de la crisis económica de 2008, que establecían restricciones presupuestarias y, en este contexto, prohibían, entre los años 2009 y 2017, ejecutar ofertas de empleo público.

La nueva regulación, a diferencia de lo que ocurría con la redacción originaria del TREBEP, no obliga expresamente a la Administración a incluir esa plaza en la correspondiente oferta pública de empleo. Se remite más bien a los procedimientos internos de provisión de puestos de trabajo, al señalar que las plazas vacantes deben ser objeto de cobertura a través de cualquiera de los procedimientos para la provisión de plazas vacantes o por movilidad que estén previstos en cada normativa. No obstante, aunque no se mencione en este precepto, hemos de entender que se trata simplemente de un defecto en la técnica jurídica empleada por el legislador, porque, si no logran cubrirse por concursos de méritos o por cualquier otro sistema interno de provisión, deben incluirse en la oferta, o, de la misma manera, si se proveen estos puestos de trabajo con otros funcionarios de carrera, serán los puestos desde los que se produce esta movilidad los que quedan vacantes, y o bien se sacan en la oferta de empleo o bien se nombran nuevos interinos para ocupar los puestos que queden vacantes, y asistimos a un nuevo y eterno baile de interinos.

En principio no debería existir la posibilidad de renovar los nombramientos de los interinos por vacante. Si todo funciona de forma regular, la Administración debe incluir esos puestos en la oferta de empleo público y ejecutarla en el plazo máximo e improrrogable de tres años que establece el art. 70 del TREBEP. Con base en esta argumentación, dicho precepto se ha considerado que no contradice lo dispuesto en la cláusula 5.ª del Acuerdo Marco. El supuesto de hecho habilitante para su nombramiento lo dejaba meridianamente claro y no admitía renovación, solo el cese. La nueva regulación también se inspira en esta lógica, aunque establece una excepción muy importante. Se entiende que, al menos en principio, y salvo el supuesto nuevo introducido en el art. 10.4, este tipo de nombramientos no pueden ser renovados para prorrogar el nombramiento del interino, ni cabe tampoco nombrar otro funcionario interino para la misma plaza o puesto de trabajo. Una vez que se ha cumplido el plazo máximo de tres años, la vacante solo podrá ser ocupada por personal funcionario de carrera.

La Administración deberá decretar el cese de oficio, con la excepción prevista en el art. 10.4 del TREBEP. Efectivamente, si transcurren tres años desde el nombramiento del personal funcionario interino y no se ha ocupado la plaza, se producirá el fin de la relación de interinidad. Este es el aspecto más importante de la nueva regulación, sin duda. Si transcurre este plazo se producirá el fin de la relación de interinidad de forma automática, pues la vacante solo podrá ser ocupada por personal funcionario de carrera, salvo que el correspondiente proceso selectivo quede desierto, en cuyo caso se podrá efectuar otro nombramiento de personal funcionario interino. Solo en este caso y de forma excepcional, el personal funcionario interino podrá perma-

necer en la plaza que ocupe temporalmente, siempre que se haya publicado la correspondiente convocatoria dentro del plazo de los tres años, a contar desde la fecha del nombramiento del funcionario interino. En este supuesto podrá permanecer hasta la resolución de la convocatoria, sin que su cese dé lugar a compensación económica. No identifica bien el legislador cuál es este "correspondiente proceso selectivo".

Lo mismo sucede con el nombramiento del interino por sustitución transitoria del funcionario titular de la plaza, que es otro de los supuestos clásicos del interinaje, necesario en todo tipo de organización para suplir las ausencias temporales de un puesto sin entorpecer la adecuada prestación del servicio público. Algunos autores han criticado que no se haya establecido una duración máxima del interinaje para este supuesto, toda vez que el establecimiento de límites temporales objetivos y con base legal es uno de los objetivos que persigue la Ley 20/2021 para evitar o minimizar la cronificación de estas situaciones de abuso (Mellado Ruiz, 2021: 111). No obstante, es muy difícil pedir al legislador mayor concreción, dada la pluralidad de situaciones que pueden dar lugar a la sustitución del funcionario. La nueva redacción del art. 10.1.b) completa esta regulación, al intentar poner coto y límite a una situación que es imposible que pueda prever el legislador con certeza. Como la temporalidad de este tipo de nombramientos no se puede limitar con exactitud, la ley ha introducido un concepto jurídico indeterminado que nos sirve a efectos comunitarios. El nombramiento solo puede mantenerse "durante el tiempo estrictamente necesario". Dependerá, pues, directamente de la causa que origina el nombramiento. Si se trata de cubrir situaciones administrativas que conllevan la reserva del puesto, tal como ocurre con la excedencia voluntaria por razones familiares o clásicamente con los servicios especiales, es previsible que el interinaje se pueda prolongar durante varios años.

Aunque la jurisprudencia contencioso-administrativa ha considerado que la sustitución puede consistir en una razón objetiva a efectos comunitarios, tal como ha destacado Fuentetaja Pastor, hay que tener especial cuidado con la utilización que se hace de esta figura, pues pudiera resultar contraria al principio de proporcionalidad en tanto en cuanto su extensión temporal supere unos límites excesivos. De hecho, para evitar riesgos, el art. 87.3 del TREBEP ya no incluye la reserva del concreto puesto de trabajo en la situación administrativa de servicios especiales, sino que el derecho se limita al reingreso en la misma localidad, en las condiciones y con las retribuciones correspondientes a la categoría, nivel o escalón de la carrera consolidados, de acuerdo con el sistema de carrera administrativa vigente en la Administración pública a la que pertenezcan (Fuentetaja Pastor, 2018: 278). De esta manera se evita el factor de rigidez que las reservas del puesto implican. No obstante,

en la medida en que la Administración le debe facilitar el ingreso, no recurrir a esta figura puede plantear problemas a la organización a la hora de hacerlo efectivo, salvo que se recurra a la clonación de puestos. Como solo puede extenderse durante el tiempo estrictamente necesario para la sustitución, aunque sea de larga duración, en principio, su naturaleza no admite renovación. Ahora bien, ello no evita que, en no pocas ocasiones, también el vínculo del funcionario interino por sustitución se acabe "eternizando" en la Administración cuando la misma persona va acumulando sustituciones de otros funcionarios con derecho a reserva de plaza, porque así lo permite el funcionamiento de las bolsas de trabajo o porque se prolongan irregularmente y en exceso las comisiones de servicios. Para evitar estas prácticas y los problemas que pueden plantear, toda vez que pueden acumular mucha antigüedad sin ninguna perspectiva y sin compensación económica, con acierto, Boltaina Bosch propone limitar estas duraciones a un plazo no superior a tres o cuatro años, de modo tal que, en caso de que el funcionario de carrera sustituido no retorne, se dé por finalizado el vínculo funcionarial de interinaje y se opte por políticas internas de provisión del puesto de manera transitoria y a través de los propios funcionarios de carrera (Boltaina Bosch, 2021a: 72).

En los últimos años el propio legislador ha ampliado los supuestos que habilitan a la Administración para nombrar a funcionarios interinos, al incorporar algunos supuestos que, en principio, poco tienen que ver con las sustituciones o plazas vacantes, posiblemente buscando una especial flexibilidad y huyendo de las exigencias, los condicionantes y las cautelas del derecho laboral. Ello sucede con la realización de programas de carácter temporal y con el exceso y la acumulación de tareas. Solo ello explica la especial ampliación que se ha producido de esta figura y su extensión a otros supuestos que poco tienen que ver con su clásica naturaleza extraordinaria, básicamente de sustitución y cobertura temporal de puestos propios del funcionario de carrera.

Convendría tener en cuenta la jurisprudencia comunitaria fijada respecto a la posibilidad de prorrogar los contratos temporales o nombramientos funcionariales. Como regla general, ha considerado que una disposición nacional que se limitara a autorizar de manera general y abstracta, mediante una norma legislativa o reglamentaria, la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, no se ajustaría a las exigencias que se derivan de la cláusula 5.ª del Acuerdo Marco. El concepto de "razones objetivas" hace referencia a la existencia de circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada. Tales circunstancias pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran tales

contratos y en las características inherentes a las mismas, o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro. En principio, pues, una disposición de carácter meramente formal no permite deducir criterios objetivos y transparentes a fin de verificar si la renovación de tales contratos responde efectivamente a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Una disposición de esta naturaleza entraña un riesgo real de dar lugar a una utilización abusiva de este tipo de nombramientos y, por ende, no es compatible ni con el objetivo ni con el efecto útil del Acuerdo marco (véanse, en este sentido, las sentencias de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07, y de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano, C-190/13; y el Auto del TJUE de 21 de septiembre de 2016, asunto C-614/15, Rodica Popescu, apdos. 50 y ss.).

El legislador ha querido perfilar todavía más las situaciones puntuales de exceso o acumulación de tareas. El art. 10.1, letra d), de la Ley 7/2007 habilitó su nombramiento por un plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses. En este caso también se delimitó con precisión la temporalidad del vínculo. La nueva redacción que la Ley 20/2021 ha dado a este mismo precepto ha sido aprovechada para extender el plazo por tres meses más y para extender el ámbito temporal que se toma como referencia en seis meses más. De esta manera, el exceso o la acumulación de tareas en un ámbito determinado de actuación administrativa permite el nombramiento de un interino por un plazo máximo de nueve meses, dentro de un periodo de dieciocho meses. Tal como ha resaltado Roqueta Buj, en contra de lo que a primera vista pudiera pensarse, en realidad esta reforma no ha hecho sino reducir todavía más las posibilidades de la Administración de recurrir a este supuesto (Roqueta Buj, 2021).

La Ley 20/2021 ha introducido por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico una regulación bastante más amplia y detallada del cese del funcionario interino que la prevista por la redacción originaria del TREBEP. Este aspecto supone un punto de inflexión respecto de la falta de regulación de esta institución. La redacción originaria del art. 10.3 del TREBEP se limitaba a disponer el cese del funcionario interino, además de cuando concurriera cualquiera de las causas tasadas previstas en su art. 63 para la pérdida de la condición funcionarial, cuando finalizara la causa que dio lugar a su nombramiento. Se trataba de una escueta regulación, que seguía la estela prevista en el art. 104.3 de la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964, que se refería genéricamente a la revocación del nombramiento, en todo caso, cuando la plaza que desempeñara el funcionario interino fuera provista por procedimiento legal. En puridad, esta sucinta regulación debería bastar para

evitar irregularidades. La eficacia del modelo se dejaba en manos de la Administración, confiando en que el responsable de turno iba a hacer una aplicación respetuosa de la legalidad, de buena fe y en coherencia con la naturaleza de esta figura. Nada más lógico que extinguir el vínculo cuando desaparece la causa del nombramiento. Sin embargo, la experiencia nos ha demostrado que ello no basta, y ha de ser regulado con detalle y carácter expeditivo. De hecho, este escueto régimen nos ha servido durante más de cincuenta años, hasta que se han desbordado las irregularidades realizadas por muchas Administraciones públicas, que han mantenido el vínculo durante muchos años por no decretar el cese, una vez desaparecida la causa, o por no realizar las actuaciones necesarias para propiciar la desaparición de la causa, por ejemplo, no convocando procesos selectivos. La jurisprudencia ha realizado una interpretación muy estricta de los supuestos del interinaje por sustitución, exigiendo que el cese esté vinculado exclusivamente a la reincorporación del funcionario sustituido, o de otro funcionario de carrera para el caso de que el titular inicial pierda el derecho a la reserva del puesto (STS de 20 de enero de 2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

La completitud de su régimen jurídico se alinea con la STC 20/2001, de 29 de enero, en la que señaló que "el cese del funcionario interino debe vincularse a alguna de las circunstancias expresamente contempladas", toda vez que el nombramiento como funcionario interino confiere al nombrado unos derechos de los que no puede ser privado sino por las causas legalmente establecidas y no por causas no previstas al efecto. La resolución del vínculo no supone, en modo alguno, una absoluta y libérrima facultad de cese, sino que, antes al contrario, tal facultad es solo parcialmente discrecional, ya que aquella solo puede dictar dicha resolución mediando las causas que reglan su posible actuación en este terreno, debiendo, asimismo, comunicar la revocación, indicando los motivos de ella. Los motivos que justifiquen el acto administrativo de cese deberán resultar subsumibles en alguna de las causas de cese normativamente previstas.

La nueva redacción del precepto se debe más bien a la necesidad de cumplir ante Europa. En este caso, estableciendo un régimen jurídico mucho más completo y detallado de las prórrogas y de la extinción del vínculo, que no deje margen alguno de discrecionalidad de la Administración a la hora de acordarla. La doctrina también había señalado la necesidad de que el legislador tipificara las causas de cese, porque ello resulta imprescindible para garantizar los derechos de los funcionarios interinos, pues, como recuerda Fuentetaja Pastor, la interinidad no es precariedad de derechos (Fuentetaja Pastor, 2020b: 92). Bajo este prisma, resultaba necesaria la tipificación de los supuestos del cese, que, en todo caso, no da derecho a ningún tipo de indem-

nización, a pesar de que son varias las enmiendas que se han planteado en el Congreso en las que se apuntaba a laboralizar la figura en cuanto al cese, para introducir indemnizaciones semejantes a las del personal laboral o cualquier otro trabajador de una empresa privada. Las causas específicas para la extinción del vínculo son las siguientes:

En primer lugar, por la cobertura reglada del puesto por personal funcionario de carrera a través de cualquiera de los procedimientos legalmente establecidos. En segundo lugar, el cese se puede producir por razones organizativas que den lugar a la supresión o a la amortización de los puestos asignados. En este caso, es preciso que se haya producido una decisión autoorganizativa previa porque ya no exista esa necesidad organizativa que en su día justificó la creación de un puesto de trabajo. La supresión del puesto debe realizarse a través de la modificación de la relación de puestos de trabajo y requiere previa negociación con los sindicatos, toda vez que dicha decisión extintiva va a afectar a las condiciones de trabajo de un funcionario público. La previsión de esta causa es lógica si tenemos en cuenta la vinculación objetiva que ha existido clásicamente entre el funcionario interino y el puesto de trabajo. A diferencia de lo que ocurre con los funcionarios de carrera, cuyo mantenimiento en la Administración no precisa del elemento objetivo del puesto de trabajo, la relación del funcionario interino solo existe y subsiste por referencia a un concreto puesto de trabajo o a una función. Por ello, la desaparición del puesto por su amortización constituye causa de cese del funcionario interino, mientras que en el caso de los funcionarios de carrera su relación de servicios con la Administración persiste a pesar de una eventual supresión de su puesto de trabajo (Fuentetaja Pastor, 2020 b: 97).

En tercer lugar, el cese se produce por la finalización del plazo autorizado, expresamente recogido en su nombramiento. Esta causa extintiva es aplicable a las cuatro modalidades de nombramiento, y se basa en la certeza del plazo establecido en el propio nombramiento. La última causa tipificada para el cese del funcionario interino se refiere a la finalización de la causa que dio lugar a su nombramiento. Se trata de una cláusula genérica, que es la que clásicamente, por su lógica, ha regido esta materia. En esta cláusula habría que incluir también aquellos supuestos en los que sencillamente desaparecen la necesidad y la urgencia que en su día motivaron el nombramiento, aunque ello debería ser adecuadamente motivado por la Administración en el acto administrativo que decrete el cese, en los términos que ya expuso la STC 20/2001, de 29 de enero.

En fin, como se ha señalado, también hubiera sido conveniente regular una causa específica más para poner fin al vínculo del funcionario interino, en aquellos supuestos en los que se constate rendimiento insufi-

ciente o falta de competencias efectivas del interino para el desempeño de las tareas del puesto, en su caso declarada a través de un procedimiento contradictorio o en virtud de una evaluación del desempeño (Sánchez Morón, 2021: 17).

3.2
La fijación de medidas de seguimiento e información sobre la temporalidad

La prevención de la excesiva temporalidad de la Administración de cara al futuro es esencial para que no vuelvan a producirse las enormes bolsas de temporalidad que se han ido creando hasta ahora en muchas Administraciones públicas. El objetivo a conseguir es que el personal temporal de una Administración no supere el porcentaje del ocho por ciento de su plantilla. El primer paso para afrontar cualquier política de prevención pasa por tener conocimiento exacto e información sobre este problema. Para ello, el legislador obliga a la Administración a hacer un seguimiento efectivo de la temporalidad en cada ámbito. Son varias las cautelas que se han adoptado. Por una parte, para permitir realizar un adecuado seguimiento de las ofertas de empleo público, cada Administración tiene que certificar al Ministerio de Hacienda, a través de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, el número de plazas ocupadas de forma temporal existente en cada uno de los ámbitos afectados. Por otra, se encarga al Ministerio con competencias en materia de función pública la elaboración de un informe anual de seguimiento de la temporalidad en el empleo público (disposición adicional segunda de la Ley 20/2021). Este informe requiere conocer y gestionar datos. Debe realizarse en el marco de cooperación en materia de Administración pública, en el ámbito de la Conferencia Sectorial de Administración Pública y con el apoyo técnico de la Comisión de Coordinación del Empleo Público, que ha sido configurada por el art. 100 del TREBEP como órgano de cooperación entre todas las Administraciones territoriales, entre la Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas, las de las ciudades de Ceuta y Melilla y la Administración local, a través de la designación de representantes elegidos por la Federación Española de Municipios y Provincias. La elaboración de estudios e informes sobre empleo público es una de las funciones principales que expresamente la ley atribuye a la Comisión de Coordinación, como órgano de carácter técnico en el que participan los titulares de los órganos directivos de la política de recursos humanos de todas las Administraciones que conforman la conferencia sectorial.

3.3
La promoción de criterios de actuación para evitar los abusos

El punto primero de la nueva disposición adicional decimoséptima que la Ley 20/2021 ha introducido en el EBEP reproduce el contenido de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE) para 2017. Tras recordar que cada Administración es responsable del cumplimiento de las medidas establecidas en la ley y, en especial, de evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino, les obliga a promover el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el control de la temporalidad en sus respectivos ámbitos y a actuar de forma coordinada con los distintos órganos con competencia en materia de personal.

Esta previsión tiene su lógica, toda vez que la experiencia durante estos años nos ha puesto de manifiesto que muchas veces las irregularidades se deben no tanto a la falta de un marco normativo, sino a una inadecuada gestión del personal. El problema no es tanto de "regulación" como de "gestión" inadecuada, irregular o fraudulenta de la misma (Mellado Ruiz, 2021: 105). De ahí la necesidad de promover un cambio cultural en la Administración, en los responsables de personal, en la forma de hacer las cosas, promoviendo criterios de actuación para asegurar el adecuado conocimiento de las normas y mejorando la gestión de la temporalidad. Esta exigencia resulta, además, conveniente teniendo en cuenta el nuevo régimen de exigencia de responsabilidades. Aunque su exigencia no resultará fácil de llevar a la práctica por la técnica jurídica tan escueta e imprecisa utilizada por el legislador, qué duda cabe de que constituye una importante espada de Damocles que pesa sobre la cabeza del funcionario o autoridad responsable de la contratación laboral y del nombramiento de funcionarios interinos, introduciendo un importante elemento de tensión y preocupación que puede condicionar y comprometer su actividad. Al menos el legislador ha querido introducir cierta dosis de seguridad jurídica en esta materia, lo que mejora la situación precedente.

La mejor manera de conseguir este objetivo requiere posiblemente la elaboración de normas reglamentarias que establezcan procedimientos administrativos de actuación para la contratación laboral, o incluso la elaboración de órdenes de servicio o instrucciones internas, en los términos previstos en el art. 6 de la Ley 40/2015, que permitirían a la Administración dirigir y ordenar la actividad que realicen los responsables a la hora de prorrogar contratos laborales o de prolongar injustificadamente el nombramiento de sus funcionarios interinos.

Los criterios de actuación mencionados en este apartado también deberían incluir acciones formativas para los responsables de la contratación laboral y del nombramiento de funcionarios interinos. Ante un panorama de inseguridad jurídica como el que se está planteando en la actualidad con los procesos de estabilización, el pago de compensaciones económicas y la exigencia de responsabilidades para las autoridades o los funcionarios causantes, es muy importante que los responsables de la gestión de recursos humanos estén al día y conozcan a la perfección no solo la normativa laboral, sino también jurisprudencia y la interpretación de las normas que se está realizando en este ámbito, que es muy prolija y cambiante. Sería oportuno que en cada ámbito pudieran establecerse normas internas que regularan todos estos procesos de contratación y que establecieran las correspondientes cautelas para evitar que se puedan producir estas irregularidades, máxime de cara a la reciente entrada en vigor de la reforma laboral y a los importantes cambios que introduce en esta materia. Ello produciría de forma inmediata dos efectos. En primer lugar, evitaría que se cometiera una irregularidad en la contratación que después puede dar lugar a la conversión de ese contrato temporal en indefinido. Se cortaría de raíz esta posibilidad. En segundo lugar, permitiría acreditar jurídicamente que el responsable de la contratación actúa con pleno conocimiento de causa, es decir, "conociendo y queriendo". Y esto es muy importante para una posterior exigencia de responsabilidades patrimoniales. Si el responsable de la contratación, a pesar de las advertencias jurídicas contenidas en el informe técnico, consiente la prórroga o permite la contratación irregular, se podría entender que actúa con dolo y, en consecuencia, se cumpliría el requisito más difícil de acreditar para la exigencia de su responsabilidad patrimonial por vía del art. 36 de la Ley 40/2015. Se entendería que habría actuado dolosamente, pues concurriría el elemento intelectivo y volitivo que exige este tipo de responsabilidad.

3.4
La atribución directa de responsabilidades a la Administración: su obligación legal de evitar irregularidades

La nueva disposición adicional decimoséptima del TREBEP, introducida por la Ley 20/2021, atribuye directamente a cada Administración la responsabilidad del cumplimiento de todas las medidas de prevención y sanción que prevé, como no podría ser de otra manera. Según su redacción literal, "las Administraciones públicas serán responsables del cumplimiento de las previsiones contenidas en la presente norma y, en especial, velarán por evitar cualquier

tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino". En realidad, se trata de una cláusula redundante que poco aporta a nuestro ordenamiento jurídico, pues sabido es que la Administración está vinculada por la ley y debe cumplir sus mandatos, y, entre ellos, la adecuada gestión de las relaciones de interinidad, ya sean laborales o funcionariales, para evitar irregularidades. Posiblemente se haya incorporado textualmente esta cláusula a efectos de lograr una mayor tranquilidad en la Comisión Europea y de garantizar que se cumplan formalmente las exigencias de la cláusula 5.ª del Acuerdo Marco. En todo caso, no constituye ninguna novedad. La disposición adicional 43.ª de la *Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018*, al igual que hizo su predecesora, la disposición adicional 34.ª de la LPGE de 2017, ya establecía una disposición similar, aunque limitada al ámbito de sus relaciones laborales. Se trataba ya en aquel momento de una declaración reiterada y obvia, puesto que, si la Administración contrata personal laboral y actúa como un empresario, se somete a la legislación laboral, y por tanto ha de cumplir la misma. Así lo exige el principio de legalidad de la actuación administrativa que proclaman los arts. 103.1 y 9.3 de la Carta Magna, que sujeta a los ciudadanos y a los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y por tanto también a la legislación laboral y administrativa.

Su formulación tan explícita puede tener consecuencias en el ámbito de la responsabilidad de la Administración –cuando actúa como empresaria– por infracciones en el orden social, aunque ello nos conduciría al problema relacionado con la imposición de sanciones económicas entre Administraciones públicas. Cuando la Administración actúa sometiéndose al derecho laboral puede incurrir en responsabilidad por infracciones en el orden social. Dicho tipo de responsabilidad se inicia con la apertura de un expediente por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y está regulada en el *Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social* (LISOS), que al fijar el ámbito de actuación se refiere genéricamente a los empresarios en el ámbito laboral y no excluye de modo expreso a las Administraciones públicas. La nueva redacción de los arts. 5.2 y 7 dada por el *Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo*, tipifica como una infracción grave la transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales. A tenor de dicho precepto, la propia Administración podría ser la responsable de este tipo de infracciones y, en principio, objeto de la imposición de una sanción, aunque la cuestión no es pacífica, en modo alguno.

Lo razonable en estos casos sería aplicar el esquema previsto en el art. 45 de la *Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales*, que remite directamente a las especialidades reglamentarias cuando el sujeto infractor es una Administración (Rodríguez Escanciano, 2009: 315). La principal especialidad consiste en la sustitución de las sanciones pecuniarias para las Administraciones incumplidoras por la imposición de medidas correctoras de los correspondientes incumplimientos. El *Real Decreto 707/2002, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y para la imposición de medidas correctoras de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado*, establece un procedimiento especial para actuar frente a las infracciones cometidas por la Administración General del Estado y, supletoriamente, frente a todas las demás. En este caso, el procedimiento sancionador culmina con un requerimiento de actuación que deberá ser cumplido por la Administración inspeccionada, y, en su caso, cabe incluso la posibilidad de que el inspector de Trabajo y Seguridad Social competente decrete la suspensión de la actividad si comprueba la existencia de riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los empleados públicos. Pues bien, ante la falta de previsión de especialidades al respecto, parecería lógico pensar en la posible utilización de lo previsto en el art. 49 de la LISOS, que prevé la posibilidad de que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se limite a advertir y aconsejar, en vez de iniciar un procedimiento sancionador. La falta de actuación del responsable podría ser interpretada como un factor determinante de un comportamiento doloso a efectos de derivar su propia responsabilidad patrimonial directa. Luego lo veremos.

4
Las medidas previstas para sancionar los abusos de la temporalidad

La cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE no establece ninguna sanción específica para castigar a la Administración por los abusos que cometa con la temporalidad de los vínculos que establece con sus empleados públicos. Deja esta determinación a la soberanía de cada uno de los Estados miembros. En principio, cuando la jurisprudencia comunitaria utiliza el término “sanción” no parece que se esté refiriendo a la apertura de un procedimiento sancionador frente a la Administración, como empresario, o frente a la autoridad o funcionario responsable de los recursos humanos, por el incumplimiento de

las medidas legales que disciplinan la temporalidad. La "sanción" se refiere más bien al conjunto de medidas que prevé un Estado para reaccionar contra la comisión de dichas irregularidades, que han de ser eficaces, lo suficientemente disuasorias para garantizar el cumplimiento de la Directiva, y se han de traducir en un perjuicio para la Administración causante del abuso (STJUE de 19 de marzo de 2020).

En todo caso, la jurisprudencia comunitaria ha clarificado que esta cláusula no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de duración determinada, ni siquiera aunque reconozca este derecho a los trabajadores sometidos a relaciones de derecho privado (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2022, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª). El derecho europeo no impone la transformación del funcionario interino en funcionario de carrera. Ni siquiera ha considerado contrario a esta cláusula que no se indemnice a los funcionarios interinos, a pesar de que se establezca una indemnización para el resto de empleados públicos vinculados a la Administración en virtud de un contrato laboral. La normativa remite al conjunto de normas de derecho aplicables a cada Estado, y en esa remisión, a mi juicio, han de tenerse en cuenta las normas de derecho público y las potestades autoorganizatorias de la Administración. El reto que tiene planteado el legislador, además de dar solución al problema actual que ya está planteado de la alta tasa de temporalidad en la Administración, será el de armonizar las necesarias medidas de prevención y sanción de estos comportamientos irregulares con el especial estatus institucional que tiene la Administración, con el derecho fundamental a acceder al empleo público en condiciones de igualdad y con los principios constitucionales de mérito y capacidad.

En este sentido, las medidas adoptadas por la Ley 20/2021 son tan amplias y generosas que deberían funcionar como un adecuado mecanismo revulsivo de futuros comportamientos irregulares por parte de la Administración. Veámoslas.

4.1
La nulidad de la actuación administrativa que implique incumplimiento de los períodos máximos de permanencia en la Administración

Todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración local

de los plazos máximos de permanencia como personal temporal, serán nulos de pleno derecho (punto 3 de la disposición adicional decimoséptima).

Con esta regulación, el legislador del empleo público se aparta de las reglas lógicas que distinguen en el ámbito general de la actuación administrativa la nulidad absoluta de la mera anulabilidad de los actos administrativos. Ello contrasta con las categorías jurídicas que hasta ahora había venido utilizando la jurisprudencia contencioso-administrativa ante los abusos en los nombramientos funcionariales. Desde las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ha considerado de forma inconcusa que los actos administrativos por los que se decretaba el cese de los interinos en los casos de irregularidades o abusos en sus nombramientos debían ser considerados anulables y, en consecuencia, suponer la continuación de la relación de empleo hasta que la Administración cumpla en debida forma lo que ordena la normativa de carácter básico.

Ambas categorías suponen la invalidez del acto administrativo, aunque, por sus consecuencias y efectos, nuestro ordenamiento general reserva la nulidad absoluta para las infracciones más esenciales, graves y groseras de nuestro marco jurídico, para los supuestos tasados del art. 47 de la Ley 39/2015 de procedimiento administrativo común. Como regla general, cualquier infracción del ordenamiento jurídico, como sucedería en este caso si la Administración no respetara los preceptos obligatorios establecidos en la Ley 20/2021, supondría la anulabilidad de ese acto. No obstante, posiblemente condicionado por el problema tan grave que se ha creado, el legislador sectorial, que también está habilitado para ello, ha querido castigar de forma severa este tipo de actuaciones de la Administración con la sanción más grave que prevé nuestro ordenamiento jurídico, esto es, con la nulidad absoluta o de pleno derecho. En este caso, este precepto hay que enmarcarlo dentro del ámbito de la habilitación genérica que establece la letra g) del art. 47 de la Ley 39/2015, que permite sancionar con la nulidad cualquier acto que, sin estar expresamente tipificado en dicho precepto, se establezca expresamente en una disposición con rango de ley, como aquí sucede.

Por lo que se refiere a los efectos de esta actuación administrativa, dado que la nulidad tiene efectos *ex tunc* (desde entonces), debe entenderse que produce efectos desde que se dicta el acto, acuerdo, pacto o reglamento, como si nunca se hubiera llegado a dictar. Al haberse realizado una infracción esencial del ordenamiento jurídico, se traduce en la falta de idoneidad del acto para producir efecto jurídico alguno. Su consecuencia es, pues, una invalidez total desde el mismo nacimiento del acto, de carácter insubsanable, oponible *erga omnes* y permanentemente invocable, es decir, imprescriptible, porque puede ser apreciada en cualquier momento,

sin limitación temporal alguna, al menos en principio. No se permite la convalidación o subsanación de este defecto. Sus efectos deben retrotraerse hasta el momento inicial en el que se dictó la actuación administrativa, aunque los arts. 49, 50 y 51 de la Ley 39/2015 permiten la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad.

Algunos autores dudan de que esta medida responda a los requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria para "sancionar" las irregularidades cometidas por la Administración, entendiendo que la sanción comunitaria se refiere a las medidas proporcionales, eficaces y disuasorias para garantizar el cumplimiento del deber de evitar los abusos de la temporalidad. Sin perjuicio de que sea una medida proporcional a la carga de antijuridicidad de la acción, no supondría una medida claramente eficaz o disuasoria de futuros incumplimientos, sino la consecuencia normal de cualquier incumplimiento normativo grave por parte de la Administración, por lo que su funcionalidad parece discutible (Mellado Ruiz, 2021: 105). No obstante, hay que tener en cuenta que en ningún caso la jurisprudencia comunitaria ha elaborado un listado de medidas de "disuasión y sanción", sino que se remite siempre directamente a lo que establezcan los Estados miembros. En este sentido, la expulsión directa de los actos, acuerdos o normas reglamentarias, sumada a las demás, puede constituir una medida eficaz para poner freno a estas prácticas irregulares que eventualmente puedan acordarse, con las consecuencias que ello provoca. Denota una férrea voluntad de la Administración de no tolerar este tipo de irregularidades. Otra cosa será su efectividad y los problemas prácticos que puede plantear su aplicación.

Desde la doctrina laboralista se ha interpretado que este grado de invalidez se aplica tanto al nombramiento del interino como al propio contrato laboral temporal, en la medida en que la cláusula de nulidad afecta también a la permanencia del "personal temporal" y no se limita solo al personal funcionarial. En estos casos, algunos autores han interpretado que, para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración y no perjudicar al empleado público de buena fe, habría que tramitar una revisión de oficio, declarar la nulidad del nombramiento o del contrato e indemnizar al empleado por la vía del art. 106.4 Ley 39/2015 (Roqueta Buj, 2021). Para otros autores, como Beltrán Heredia, el contrato tendría que extinguirse automáticamente, lo que significa la imposibilidad de continuar con la relación, aunque el legislador olvida definir en la norma cómo se materializa esta extinción automática. Considera que la declaración de nulidad del contrato prevista en el art. 9 del Estatuto de los Trabajadores y con eficacia *ex nunc* no es la opción interpretativa más ajustada a los efectos comunitarios, pues describe un estatuto protector de la persona trabajadora muy devaluado porque se traduce en unos

efectos colaterales perjudiciales que le son absolutamente ajenos (Beltrán de Heredia Ruíz, 2022).

En mi opinión, existe una falta de sintonía entre la legislación administrativa y la laboral en esta materia. Una interpretación literal y lógica de este precepto nos debería llevar a predicar la nulidad únicamente de la actuación administrativa unilateral de la Administración y no del contrato laboral, porque esta institución tiene un régimen muy diferente en el art. 9 del Estatuto de los Trabajadores. Esta inconcreción del legislador puede plantear problemas interpretativos, toda vez que la sanción explícita que establece la legislación laboral para las irregularidades de la contratación temporal es directamente la conversión del contrato temporal en fijo, tal como se deriva de la nueva redacción que ha dado al art. 15 del Estatuto de los Trabajadores el *Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo*, máxime una vez que ha desaparecido la cobertura legal que su disposición adicional decimoquinta daba a la figura del personal indefinido no fijo.

Desde el prisma administrativo solo en el ámbito de la actuación unilateral de la Administración tendría sentido la nulidad (Boltaina Bosch, 2021b: 45-47). En puridad, y respecto del contrato laboral, solo tienen esta naturaleza las actuaciones administrativas realizadas por la Administración con carácter previo a la celebración de dicho contrato, tales como la oferta de empleo público, las convocatorias y los propios procedimientos selectivos (doctrina de los actos separables). Todo este tipo de actuaciones se somete sin grandes esfuerzos interpretativos a la teoría de la invalidez de los actos administrativos. De hecho, la redacción literal del precepto no cita expresamente ni se refiere a los contratos laborales, sino únicamente a la actuación unilateral de la Administración, a sus actos administrativos, a los reglamentos que pueda dictar el correspondiente órgano de gobierno de la Administración que tenga atribuida la potestad reglamentaria o, en su caso, a los pactos y acuerdos funcionariales que recojan los frutos de la negociación colectiva.

Se ha criticado, con razón, que esta medida de sanción presenta una extensión objetiva discutible, al incluir no solo actuaciones cuyo contenido vulnere la norma de forma directa, sino también indirectamente, lo cual parece chocar con unas premisas de seguridad jurídica que exige la determinación de los supuestos que originan la nulidad absoluta o de pleno derecho, toda vez que exigiría realizar un importante esfuerzo de interpretación (Mellado Ruiz, 2021: 106). Y es que, efectivamente, la nulidad tiene sentido en el ámbito administrativo cuando se adopten decisiones de carácter unilateral, ya sean reglamentos o actos administrativos, con la voluntad de extender expresa-

mente la duración de un nombramiento más allá de lo previsto en la ley. Así sucede, por ejemplo, cuando se adoptan decisiones para no ofertar las plazas cubiertas por los empleados laborales o funcionarios interinos de mayor edad, a partir de los 50 o 55 años, a la espera de la jubilación; cuando se prorrogue impropiamente un nombramiento por acumulación de tareas que excede del plazo máximo previsto, o cuando se trate de prorrogar un programa de carácter temporal que ha agotado ya el plazo máximo de los tres o cuatro años que establece la letra c) del art. 10.1 del TREBEP. En estos casos, estas actuaciones administrativas unilaterales son las que deben entenderse nulas y no producir ningún efecto jurídico, sin que ello afecte al nombramiento inicial. Aplicar la institución de la nulidad fuera de estos concretos supuestos resulta de difícil encaje con la teoría general sobre la invalidez de los actos administrativos. Así sucede cuando se trata de aplicar a la actuación negociada de la Administración, a los pactos y acuerdos funcionariales, pues ello tiene difícil encaje con lo previsto en los puntos 3 y 10 del art. 38 del TREBEP.

Pensemos, por ejemplo, en un ayuntamiento que tiene la tentación de firmar un acuerdo con los sindicatos para prolongar el interinaje por plaza vacante de sus funcionarios más allá del tope de los tres años de duración que establece la normativa. La posibilidad de revisar unilateralmente su contenido no es coherente con el modelo diseñado hasta ahora para la negociación colectiva funcionarial, que responde a un acuerdo de voluntades entre la Administración y los sindicatos, aunque canalizado, eso sí, como una fase obligatoria del procedimiento de creación de normas. En coherencia con ello, la única posibilidad que tiene la Administración local para desvincularse unilateralmente de un acuerdo o un pacto funcionarial, es la existencia de una causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas y por motivos excepcionales.

También podría plantear problemas determinar la legitimación para instar, en su caso, la declaración de nulidad del acto. De no declararla de oficio la propia Administración a través de la revisión de oficio y previo dictamen favorable del Consejo de Estado, es difícil pensar que el interesado, que sería el propio funcionario afectado, pueda ejercer la llamada “acción de nulidad” del art. 106 de la Ley 39/2015, para dejar sin efecto una actuación administrativa que se presume válida y que le resulta tan favorable porque supone su permanencia en la Administración y no perder el puesto de trabajo que temporalmente ocupa. Prolongando el período máximo de su permanencia en la Administración se asegura la obtención de una compensación económica o incluso tener muchas más facilidades para acceder a un eventual proceso selectivo posterior, pues puede ir acumulando puntos por antigüedad y por experiencia en el cuerpo, escala o categoría de que se trate.

Tampoco se da respuesta a aquellas situaciones que estén provocadas por la propia inactividad de la Administración, que son las más comunes, porque la Administración local no incluye el puesto en la oferta de empleo público, porque no convoca procedimientos para la provisión de los puestos vacantes, o simplemente porque no decreta el cese cuando desaparece el supuesto habilitante del nombramiento o se cumplen los plazos máximos de permanencia como personal temporal. La posibilidad de reaccionar jurídicamente contra este tipo de comportamientos no resulta sencilla, tal como ha sido configurada por la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, a pesar de que, tal como ha reconocido la STS de 4 de noviembre de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, "cuando existe una inactividad administrativa objetiva, injustificada y desproporcionada, se está conculcando el derecho del ciudadano a la buena administración; derecho real y efectivo que debe ser garantizado y que, en su caso, debe ampararse por los Tribunales de Justicia cuando controla la referida inactivad administrativa".

4.2
El derecho a recibir una compensación económica por parte del empleado público que ha sido objeto de un abuso

La Ley 20/2021 ha introducido una importante medida de sanción de los abusos cometidos por la Administración, que puede ser considerada como una medida equivalente a los efectos de la cláusula 5.ª del Acuerdo Marco. La STJUE de 19 de marzo de 2020 ya había señalado las "indemnizaciones" como una de las tres vías posibles para evitar los abusos de la temporalidad en el empleo público. Consiste en una compensación económica que, en su cuantía, es similar a la que se viene aplicando para los despidos del personal laboral por causas objetivas o cuando se produce una concatenación o abuso en su contratación y son declarados como personal indefinido no fijo. Se prevén para dos supuestos: cuando se incumplen los períodos máximos de permanencia del personal interino en la Administración y cuando el personal afectado no supere los procedimientos de estabilización de plazas estructurales previstos en dicha ley.

La compensación económica será equivalente a veinte días de sus retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades. No habrá derecho a compensación en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por causas disciplinarias ni por renuncia voluntaria. Se ha regulado en términos similares para el personal laboral temporal, sin perjuicio de

la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica, salvo que la relación finalice por un despido disciplinario o por renuncia voluntaria. No obstante, dado que, a diferencia de lo que ocurre con los funcionarios interinos, los despidos del empleado temporal son indemnizables, se ha establecido un mecanismo de absorción de cantidades para evitar compensaciones desproporcionadas, como lo sería la suma de esta compensación más la indemnización por despido. Al fin y al cabo se trata de dinero público, que proviene del bolsillo de todos los ciudadanos. En ambos casos, el derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento.

La compensación económica se ha considerado como la medida más idónea para cumplir con las exigencias del derecho comunitario, en la medida en que no afecta a los principios constitucionales rectores del acceso a la Administración y soluciona de raíz el riesgo de discriminación que supondría la conversión del personal temporal en personal fijo (Mateos Martínez, 2020: 416). Con ella, efectivamente, el legislador opta por la equiparación de efectos y por la atracción de la solución hacia el ámbito del derecho público, en la medida en que la compensación sustituye el reingreso del empleado público a la Administración como personal indefinido no fijo (PINF) o como funcionario interino hasta que esta regularice la situación mediante la amortización de la plaza o la convocatoria del correspondiente proceso selectivo. El problema de los abusos se soluciona con dinero público. De ahí, a mi juicio, debería derivarse la necesidad jurídica de exigir responsabilidades a los causantes de la irregularidad.

Sin duda, supone una novedad muy importante para el personal temporal de la Administración, tanto para las relaciones de derecho administrativo como para los laborales de la Administración. Su régimen jurídico se equipara también en este punto, consolidándose así la tendencia consagrada en el EBEP a la aplicación de las mismas normas y, en todo caso, de normas públicas, también para los abusos cometidos con el personal laboral. Además de la equiparación, se elimina la figura del personal "indefinido no fijo", que, aunque surgió con muy buena intención, no ha logrado poner freno a estos comportamientos abusivos. La derogación expresa de la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores tiene una gran significación jurídica, en la medida en que era el único precepto que se había establecido para transponer la cláusula 5.ª del Acuerdo Marco, excepcionando la aplicación de la sanción laboral en la Administración y en su sector público (STS de 16 de noviembre de 2021, Sala de lo Social, Sección 1.ª, entre otras muchas). Su creación como medida de protección del empleado y de los intereses públicos

no ha funcionado como se esperaba por la propia desidia de la Administración. Como señaló Sánchez Morón, no existe ninguna garantía efectiva de que la Administración cumpla con su obligación legal y regularice la figura, sino que, por el contrario, la experiencia demuestra que, *de facto*, este tipo de personal acaba eternizándose en el Administración por la propia resistencia del propio empleado así declarado, con la connivencia de los sindicatos y ante la inactividad de la Administración (Sánchez Morón, 2019: 238). Con ello se venía produciendo una peculiar metamorfosis de las formas de acceder a la Administración, con una clara preterición del derecho fundamental a la igualdad en el acceso, al impedir a los demás ciudadanos la posibilidad de acceder al empleo público. Dicho principio exige que todos los ciudadanos tengan las mismas oportunidades para acceder a la función pública. Aunque la doctrina constitucional ha permitido dar ciertas ventajas al empleado temporal en un proceso selectivo, valorando la experiencia previa en la Administración, la constitucionalidad de este trato desigual solo se acepta si existe alguna causa que lo justifique, siempre que ello no rebase "el límite de lo tolerable" ni el trabajo previo en la Administración acabe configurándose como requisito (entre otras muchas, en la STC 111/2014, de 26 de junio).

En fin, el pago de una compensación constituye una novedad importante porque cambia la filosofía inspiradora del modelo de protección. Hasta ahora, y al menos para el colectivo funcionarial, la jurisprudencia se había pronunciado en varias ocasiones al respecto, clarificando que el hecho de no reconocerle una indemnización similar a la del personal laboral no se oponía a la cláusula 5.ª de la Directiva. En el mismo sentido se había pronunciado también la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Parece que en este punto el legislador ha querido seguir el modelo italiano, en términos similares a los fijados por la STJUE de 7 de marzo de 2018, asunto C-494/16, Santoro. En la cuestión prejudicial se había planteado la conveniencia de conceder también a los empleados públicos una "compensación por la pérdida de oportunidades", similar a la de los trabajadores del sector privado, haciendo referencia a la posibilidad de obtener una "reparación íntegra del daño demostrando, mediante presunción, la pérdida de oportunidades de encontrar un empleo o que, si se hubiera organizado un proceso selectivo de manera regular, lo habría superado"[9]. Sin embargo, no había sido esta la línea seguida por nuestro

9. Conviene tener presente que este modelo va también acompañado de otras medidas de sanción. Según establece el art. 36.5 del *Decreto Legislativo de 30 de marzo de 2001, n.º 165, sobre normas generales sobre la organización del trabajo por cuenta ajena en las Administraciones públicas* (actualizado por el Decreto-ley n.º 146 de 21 de octubre de 2021), en estos casos, el trabajador de que se trate tiene derecho a una indemnización por los daños resultantes de la realización de un trabajo en violación de las disposiciones obligatorias. Las

Tribunal Supremo, que ha mantenido una línea muy restrictiva al respecto. Desde sus sentencias de 26 de septiembre de 2018 ha dejado abierta la puerta a una posible indemnización para el funcionario interino abusado, pero solo si se plantea una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración, acreditando la existencia de un daño y el cumplimiento de todos los demás requisitos de esta institución.

Es más, en las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, de 30 de noviembre de 2021 y de 1 de diciembre de 2021, se ha negado que el mero hecho de hallarse en esta situación de abuso pueda ser considerado como un daño a efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ni que se pueda indemnizar para castigar a la Administración por esa utilización ilegítima de figuras de empleo público de duración determinada que están legalmente pensadas para otros fines. No existen en nuestro ordenamiento los denominados "daños punitivos", toda vez que la regulación de la responsabilidad patrimonial no contempla la posibilidad de otorgar indemnizaciones a fin de sancionar comportamientos administrativos ilegales, satisfaciendo una necesidad de prevención general o disuasión por esta vía indirecta.

La solución apuntada por el legislador en la disposición adicional decimoséptima se aparta claramente de la solución dada hasta ahora por la jurisprudencia, que ha mantenido que la actual regulación de la responsabilidad patrimonial no da base para otorgar indemnizaciones con una finalidad sancionadora, al margen de daños efectivos e identificados. La consecuencia de los abusos no es el pago de una indemnización. Ha venido considerando que el funcionario que se encuentra en una situación de interinidad objetivamente abusiva tiene derecho a la subsistencia de la relación de empleo, con los correspondientes derechos profesionales y económicos, hasta que la Administración cumpla debidamente lo dispuesto por la legislación funcionarial, aunque tampoco ha excluido que pueda, por las vías ordinarias de la responsabilidad patrimonial de la Administración, reclamar una indemnización por los daños y perjuicios que aquel hecho le haya producido. Ahora bien, con acierto, a mi juicio, ha considerado que la prolongación irregular del funcionario interino en la Administración, recibiendo la correspondiente retribución y acumulando méritos para un eventual proceso de estabilización, no puede considerarse como un perjuicio antijurídico e indemnizable. "El mero hecho de haber sido personal interino durante un tiempo más o menos largo, incluso si ha habido

Administraciones están obligadas a recuperar las sumas pagadas en esta capacidad de los gerentes responsables, si la violación se debe a una mala conducta intencional o negligencia grave.

nombramientos sucesivos no justificados por la Administración, no implica automáticamente que haya habido un daño" (STS de 1 de diciembre de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, número 1409/2021).

La doctrina ha discutido sobre su naturaleza jurídica. Para Fuentetaja Pastor se trataría de una auténtica indemnización que se paga directamente por el abuso cometido. Vendría a ser una especie de "sanción" que se impondría a la Administración por haber cometido una irregularidad (Fuentetaja Pastor, 2020: 224). A juicio de Mellado Ruíz, no se trataría de una auténtica sanción administrativa, porque estas son la consecuencia de la infracción previa de una obligación específica establecida al respecto, debería estar tipificada como tal e imponerse a través del correspondiente procedimiento administrativo sancionador, lo que no sucede en estos casos (Mellado Ruiz, 2021: 106). La compensación económica tampoco podría considerarse como indemnización por los daños y perjuicios motivados por la situación de abuso. Esta posibilidad no ha sido aceptada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al considerarse que la prolongación de una relación de interinidad en la Administración, por sí misma, no se puede considerar como un daño indemnizable si aplicamos todos los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Se trata, por tanto, de una mera liberalidad que ha querido establecer el legislador, posiblemente por razones de justicia material y para equiparar el régimen jurídico aplicable al personal laboral de la Administración cuando se produce el cese de su relación.

Estas compensaciones económicas se aplicarán, en virtud de lo previsto en la disposición transitoria segunda de la Ley 20/2021, exclusivamente a las irregularidades que se cometan en relación con el personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a la entrada en vigor de esta norma, esto es, desde el día siguiente a la publicación en el Boletín Oficial del Estado del Real Decreto-ley de 6 de julio de 2021 (7 de julio de 2021). Ello plantea un serio problema respecto de las irregularidades ya cometidas, máxime teniendo en cuenta los efectos de la nueva reforma laboral en esta materia y la desaparición formal de la figura del personal indefinido no fijo (PINF).

4.3
La exigencia de las responsabilidades que procedan y los problemas causados por la inconcreción del legislador

La nueva disposición adicional decimoséptima que la Ley 20/2021 ha introducido en el TREBEP instituye una medida muy drástica y contundente para sancionar el uso abusivo de los vínculos laborales temporales en la Adminis-

tración, lo que también habría de servir para prevenir su utilización fraudulenta. Su segundo párrafo establece de modo imperativo que las actuaciones irregulares que se cometan en esta materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones públicas. Se trata, sin duda, de una importante medida disuasoria, pero que adolece de tal grado de imprecisión que puede ser prácticamente inviable, especialmente para las entidades locales. Como algunos autores han destacado, puede convertirse en un brindis al sol porque ni siquiera se ha tipificado esta irresponsabilidad como una falta de determinada gravedad (Roqueta y Goerlich, 2021: 165). Asimismo, su virtualidad es muy limitada. La disposición transitoria segunda de la Ley 20/2021 ha dispuesto que las previsiones contenidas en esta nueva disposición adicional decimoséptima serán de aplicación, únicamente, respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a su entrada en vigor. El legislador ha querido hacer *tabula rasa* respecto de los incumplimientos anteriores, que son realmente los más problemáticos, amnistiando a todos los responsables de los abusos actuales, por lo que la exigencia de responsabilidades al amparo de este precepto es francamente muy limitada, y solo será aplicable para las irregularidades y los abusos que se produzcan a partir de la entrada en vigor de la ley.

En puridad, no se trata de una medida nueva. Ya se introdujo en el punto tercero de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017 a través de su disposición adicional trigésima cuarta, reproducida al año siguiente en la Ley de Presupuestos Generales para el 2018, esta vez en su disposición cuadragésima tercera. En el apdo. 5 de dicha disposición ya se establecían su carácter básico, su vigencia indefinida y su legitimidad al amparo del título competencial previsto en el art. 149.1.18 de la Constitución en lo relativo al régimen jurídico de las Administraciones públicas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas. Es decir, se trataba de una medida de sanción establecida exclusivamente para la gestión del personal laboral de la Administración. Ahora también se expandiría su ámbito de aplicación al incluir a los funcionarios interinos, y, en consecuencia, se invoca el título competencial relativo al régimen estatutario de sus funcionarios públicos. Su ubicación en el Estatuto Básico del Empleado Público es la correcta, a pesar de que ya se pronunció la STC 122/2018, de 31 octubre, sobre su constitucionalidad por estar incluida en una ley de presupuestos generales del Estado.

La inclusión de esa cláusula en el TREBEP tiene mucho sentido, en la medida en que frecuentemente las irregularidades no se deben tanto a los diseños normativos como a la falta de cumplimiento de las propias normas por parte de los gestores públicos. A este problema se refería ya el *Informe de la*

Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, que presidió el profesor Miguel Sánchez Morón y que se publicó el 25 de abril de 2005. En este informe ya se mencionaba expresamente la necesidad de atajar este problema. Entre otras medidas, la Comisión propuso hacer hincapié en la responsabilidad de las autoridades y de funcionarios a quienes se atribuyera la prolongación irregular de la relación de servicio o laboral del empleado interino o temporal. Se apuntaba a la necesidad de establecer legalmente la exigencia de un informe previo por parte del titular del órgano que tuviera a su cargo el asesoramiento legal de la Administración, organismo o departamento en que prestara sus servicios el trabajador sobre la irregularidad de la prórroga expresa o implícita del contrato. Dicho informe se debería emitir de oficio, bajo su responsabilidad, con la antelación necesaria para adoptar la decisión que correspondiera según la legislación aplicable. Una vez emitido dicho informe, el titular del órgano de contratación asumiría la responsabilidad personal de naturaleza disciplinaria, patrimonial o, en su caso, penal, que le correspondiera según la legislación vigente por la prolongación irregular de la relación de servicio o laboral (p. 63). Sin embargo, el EBEP no recogió ninguna previsión similar. Para evitar el problema de la temporalidad en el empleo público se limitó meramente a establecer la obligación de que las plazas vacantes cubiertas por interinos se recogieran en las ofertas de empleo público, y a introducir una nueva cultura planificadora de los recursos humanos en la Administración, que rara vez se aplica.

Son ciertos los problemas de imprecisión de la norma. No obstante, a falta de que el legislador perfeccione este precepto –si realmente tiene voluntad–, una buena labor interpretativa por parte de nuestros jueces y tribunales bien podría contribuir a la efectividad de esta medida. A mi juicio, la laxitud del precepto no impide que pueda aplicarse a través del mecanismo previsto en el art. 36.3 de la *Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público*, que prevé la posibilidad de que la Administración pueda exigir la responsabilidad patrimonial directa de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas, cuando estas hubieran causado algún daño o perjuicio en sus bienes o derechos y medie dolo, culpa o negligencia grave. El pago al empleado público de una compensación económica por los abusos de la temporalidad puede ser interpretado como un claro perjuicio económico para la entidad local. El actual régimen es tan claro que su incumplimiento denotaría, al menos, una negligencia grave por parte del responsable. En todo caso, para que su aplicación no plantee dudas, debería el legislador realizar indicaciones más explícitas a la hora de diferenciar el dolo de la negligencia grave, porque ello es un aspecto clave para determinar el régimen de responsabilidad que proceda en cada caso. “Si el dolo es el presupuesto de los delitos, su com-

prensión es esencial. Si el alcance de la responsabilidad contable es diverso dependiendo de la concurrencia o no de dolo, aún lo es más. Si solo pueden exigirse responsabilidades administrativas en los casos de dolo o negligencia grave, diferenciar esta de la leve es capital. Si la responsabilidad disciplinaria ha de modularse en función de la intencionalidad o el comportamiento negligente, el punto clave pasa a ser, entonces, qué es dolo y que es negligencia grave" (Rivero Ortega, 2020: 236).

4.3.1
Puede ser considerada como una medida idónea para sancionar los abusos, según la cláusula 5.ª de la Directiva comunitaria

Los abusos en la utilización de las figuras temporales se deben frecuentemente a una laxa gestión del personal, a un uso inadecuado de las figuras contractuales o funcionariales temporales, a una interpretación excesiva y abusiva del ejercicio de las potestades autoorganizatorias de la Administración local o, directamente, al incumplimiento de las normas legales que imponen la obligación de incluir las plazas vacantes en la oferta de empleo público o de ejecutarla en el plazo máximo legalmente previsto. En este sentido, sorprende la total impunidad de este tipo de comportamientos, hasta el punto de que la temporalidad "ha supuesto uno de los mayores incumplimientos normativos de nuestra democracia cuya generalizada tolerancia, además de mostrar un perfil muy bajo de respeto y lealtad constitucional, ha puesto en peligro el modelo de función pública y, por tanto, la fortaleza del propio sistema democrático" (Nevado-Batalla Moreno, 2021: 131). Como se apunta en el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 21 de diciembre de 2021, en el que se plantea una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la figura del personal indefinido no fijo (PINF), este tribunal no ha sido capaz de identificar un solo caso durante estas décadas, antes o después de estas normas, en que se haya exigido responsabilidad personal de ningún tipo (ni penal, ni patrimonial) a algún cargo político o administrativo por la contratación de personal temporal contraria a la legislación laboral, pese al inmenso número de casos y sentencias que han existido declarando indefinidos contratos temporales irregulares.

Es lógico, pues, que una de las principales medidas adoptadas por el legislador para dar cumplimiento a las exigencias de la cláusula 5.ª de la Directiva consista precisamente en sancionar al causante, exigiéndole responsabilidades, para terminar con esta impunidad. La jurisprudencia comunitaria, entre otras muchas en la STJUE de 19 de marzo de 2020, en el caso Sánchez

Ruíz (asuntos C-103/18 y C 429/18), viene exigiendo que, con independencia de las medidas que se adopten para eliminar las consecuencias de la infracción del derecho de la Unión, deben acompañarse de la correspondiente sanción, es decir, de un efecto negativo o perjuicio para el empleador. En este sentido, exigir responsabilidades al causante parece también una medida idónea a efectos comunitarios. Como la propia experiencia nos ha mostrado, de poco ha servido tener un marco jurídico adecuado si después se ha incumplido sistemáticamente sin que ello haya tenido ninguna repercusión. La perspectiva de poder sancionar y exigir responsabilidades al causante de la irregularidad parece ciertamente una de las medidas más idóneas para terminar con los abusos. El problema es la incomprensible imprecisión del legislador, que parece que no ha querido rematar adecuadamente la medida dotándola de un contenido básico que permita su indudable aplicación en las Administraciones públicas.

En teoría, esta cláusula debería constituir una verdadera espada de Damocles para el responsable de la gestión de recursos humanos. Debería ser un verdadero revulsivo de posibles comportamientos irregulares. Ahora bien, tal como se ha criticado, su aplicación puede ser muy problemática por su carácter vago e impreciso. No clarifica a qué tipo de "responsabilidades" se refiere ni a quién deben exigirse ni el procedimiento a seguirse para ello. Algunos autores niegan que pueda concebirse, en rigor, como una medida de "sanción", porque su formulación es tan genérica e indeterminada que carece prácticamente de operatividad. "Al margen de los problemas de técnica legislativa –y comprensión normativa–, lo cierto es que parece evidente que no estamos ante auténticos mecanismos sustantivos y –directamente– operativos de exigencia de responsabilidad jurídico-pública, ni mucho menos ante medidas (eficaces) de control de la temporalidad inválida (no sólo irregular) o instrumentos de desincentivación (efectiva) de los futuros abusos en este ámbito" (Mellado Ruiz, 2021: 107).

4.3.2
La identificación de los sujetos responsables

El precepto no determina frente a qué autoridades o empleados pueden exigirse responsabilidades. En estos casos, las responsabilidades personales de los servidores públicos no tienen carácter objetivo, toda vez que ninguna autoridad o funcionario debe responder por hechos que no sean resultantes de su conducta ilícita. Además, es preciso acreditar un determinado grado de intencionalidad o negligencia. Para evitar que la vaguedad e imprecisión del

precepto puedan dar al traste con la medida, es preciso realizar una interpretación lógica y sistemática del precepto.

Como las disposiciones adicionales trigésimo cuarta y cuadragésimo tercera de las leyes de presupuestos mencionadas tienen vigencia indefinida y no se han derogado, nos pueden dar una pista certera de quiénes han de ser considerados como sujetos responsables jurídicamente de las irregularidades. Dichas disposiciones nos señalan directamente a los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones públicas y en las entidades que conforman su sector público instrumental, conforme a lo que establezcan sus propias normas competenciales. Ello nos lleva también a identificar previamente en qué ha consistido exactamente la irregularidad que ha dado lugar al abuso y podría llevarnos a un callejón sin salida en caso de que el causante hubiera sido el propio legislador presupuestario –al haber establecido estrictas tasas de reposición de efectivos– o un alto cargo, en cuyo caso habría que retocar el régimen previsto en los arts. 25 y siguientes de la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.*

En el ámbito local, habría que identificar la causa y el causante de la irregularidad, teniendo en cuenta la distribución competencial. Así, según lo dispuesto en las letras g) y h) del art. 21.1 de la *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local*, corresponde al alcalde desempeñar la jefatura superior de todo el personal, aprobar la oferta de empleo público de acuerdo con el presupuesto y la plantilla aprobados por el pleno, acordar el nombramiento de los funcionarios y el despido del personal laboral, dando cuenta al pleno en la primera sesión que celebre. Al pleno corresponde la aprobación de la plantilla de personal y de la relación de puestos de trabajo (art. 22.j). Para los municipios de gran población, la junta de gobierno local asume competencias para aprobar la relación de puestos de trabajo, la oferta de empleo público, las bases de las convocatorias de selección y provisión de puestos de trabajo, la separación del servicio de los funcionarios del ayuntamiento y el despido del personal laboral (art. 127.h). Asimismo, habría que determinar con mayor detalle el papel que juegan los funcionarios locales con habilitación de carácter nacional. A ellos me referiré con algo más de detalle en el punto siguiente.

4.3.3
¿Qué tipo de responsabilidad: penal, contable, disciplinaria?

El precepto tampoco determina qué tipo de responsabilidad resulta exigible, sino que directamente se remite, en plural, a “las responsabilidades”

que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones públicas, lo que abre la posibilidad de que puedan concurrir distintos tipos de responsabilidades. En principio, dependiendo del tipo concreto de la irregularidad cometida y, sobre todo, de los efectos que produzca para la Administración, las vías de actuación pueden ser varias y, algunas de ellas, concurrentes entre sí. El problema no solamente es que no se defina lo que se considera como "actuaciones irregulares", un término enormemente impreciso para permitir sanciones disciplinarias que cumplan con el principio de tipicidad y certeza, sino esencialmente que no se definen las responsabilidades que se pueden exigir, toda vez que se remite genéricamente a una normativa no identificada. Para los casos más evidentes y crueles de abusos podría pensarse incluso en la responsabilidad penal del funcionario o de la autoridad competente en materia de personal, en la responsabilidad disciplinaria, en su responsabilidad patrimonial o incluso en una eventual responsabilidad contable.

El primer y más inmediato tipo de responsabilidad que podría exigirse al responsable del abuso sería el de la responsabilidad disciplinaria. Su exigencia, no obstante, no es sencilla. No será posible si no está prevista específicamente mediante una norma con rango de ley y, en todo caso, solo se podría exigir respecto de conductas irregulares cometidas después de la publicación de la Ley 20/2021. La potestad disciplinaria permite a la Administración corregir las infracciones del personal a su servicio cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones (art. 94 del TREBEP).

Su ejercicio exige la previa tipificación de la conducta en falta leve, grave o muy grave dependiendo del grado en que se haya vulnerado la legalidad, la gravedad del daño causado al interés público (al patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos) y el descrédito para la imagen pública de la Administración que se cause. El principio de legalidad y tipicidad que rige esta materia requeriría que previamente el legislador, ya sea el estatal o el autonómico, hubiera tipificado como infracción "las actuaciones irregulares en materia de contratación temporal" o "el incumplimiento de la normativa sobre contratación laboral, especialmente de las normas que rigen la contratación laboral temporal", o "las irregularidades en el nombramiento o cese del personal funcionario interino", o "la prolongación indebida de las relaciones de interinidad". Asimismo, habría que prever específicamente la sanción aplicable a tales conductas. Sin esta previa determinación no sería posible la exigencia de responsabilidad disciplinaria. En el ámbito de la legislación autonómica de empleo público, algunas de las más recientes leyes de función pública ya han tipificado, con acierto, este tipo de infracciones. En este senti-

do, podemos traer a colación el art. 171.1.g) de la *Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana*, que tipifica como una falta grave "la emisión de informes y la adopción de resoluciones o acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio a la administración o a la ciudadanía, especialmente aquellos que supongan la prolongación indebida de las situaciones de interinidad del personal funcionario o de los contratos temporales".

Por lo que respecta a la responsabilidad penal, en principio no podría descartarse si se comete alguno de los delitos tipificados en el Código Penal contra la Administración pública, especialmente el de prevaricación. No obstante, su aplicación en este ámbito no sería sencilla, dada su íntima interrelación con el régimen sancionador administrativo. Como ha recordado la jurisprudencia, no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los tribunales del orden contencioso-administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del derecho penal, que perdería su carácter de *ultima ratio*. El principio de intervención mínima implica que la sanción penal solo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Algunos autores se muestran partidarios de ir poco a poco interiorizando, en las autoridades competentes en materia de personal, la exigencia de responsabilidades en el ámbito penal por la gestión irregular realizada en el nombramiento de funcionarios interinos o contratados laborales temporales, especialmente cuando ha habido una clara arbitrariedad o abuso en el empleo de la potestad organizatoria. En estos casos, el derecho penal, como *ultima ratio*, supone una importante herramienta de restitución y respuesta (Nevado-Batalla Moreno, 2021: 135).

Establecer los límites de la distinción con el régimen sancionador de carácter estrictamente administrativo y el régimen penal remite a un elemento de especial gravedad, que es el que permitirá situar la conducta en el campo de la punición delictiva. El derecho penal no debe emplearse para dirimir cuestiones que deben recibir oportuna respuesta en vía contencioso-administrativa o en vía social, sino únicamente para aquellos supuestos flagrantes de perversión de las normas aplicables y en los que los sujetos actúen con un manifiesto dolo. Así lo ha reconocido, con buen criterio, el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Nules (provincia de Castellón) de 1 de junio de 2017, JUR 2017\148062, que archiva la querella contra el tesorero del Ayuntamiento de Almenara por las irregularidades en la contratación de su hija en un plan de empleo, por la ausencia de indicios de un posible delito de tráfico de influencias. La argumentación que en este pronunciamiento judicial se recoge es bastante clarificadora de cuál debe ser la filosofía que inspire este tipo de responsabilidades. No se trata de sustituir la jurisdicción

administrativa o la jurisdicción social, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración pública, por la jurisdicción penal, sino de sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria.

La mera irregularidad en la contratación, la ilegalidad en la conducta del responsable de la contratación, resulta difícilmente encuadrable en un delito penal. La responsabilidad penal ha de reservarse solo para los supuestos especialmente graves y dolosos. De concurrir este tipo de responsabilidad sería compatible con la responsabilidad patrimonial, toda vez que el art. 36.6 de la Ley 40/2015 establece que "lo dispuesto en los apartados anteriores, se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa a los Tribunales competentes". En todo caso, resultarían aplicables en este supuesto las normas del Código Penal, y la responsabilidad civil derivada del delito se exigiría conforme a lo previsto en la legislación correspondiente (art. 37 de la Ley 40/2015).

Tampoco sería descartable la responsabilidad contable, que es un tipo específico y autónomo de responsabilidad caracterizada por su carácter reparador (no sancionador), personal y patrimonial, en la que pueden incurrir quienes tienen a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos y tienen la obligación de rendir cuentas del uso que hacen de los fondos públicos. No obstante, este tipo de responsabilidad se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos, esto es, de los que normalmente se denominan gestores de fondos públicos (art. 15 de la Ley Orgánica 2/1982). Su finalidad es fundamentalmente reparadora, toda vez que comporta la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados en los caudales públicos por parte de la autoridad o funcionario declarado responsable, aunque algunos autores tampoco descartan su naturaleza sancionadora (Rivero Ortega, 2020: 140).

La jurisdicción contable conoce de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulten aplicables a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o entidades perceptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector. Las dudas se pueden plantear a la hora de determinar si este tipo de responsabilidad es compatible también con la acción directa de responsabilidad patrimonial que prevé el art. 36.3 de la Ley 40/2015, pues ambas persiguen la misma finalidad reparadora, conseguir que

se devuelva a la Administración la cuantía indemnizatoria pagada como consecuencia de la irregularidad.

La casuística que podemos encontrarnos en esta materia es muy variada, y no puede descartarse la exigencia de este tipo de responsabilidad, especialmente si ha habido, por ejemplo, algún problema con la fiscalización previa del expediente por parte del interventor. La fórmula imperativa con que está redactado el art. 214 del *Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales*, no deja dudas acerca de la necesidad inexcusable de someter un acto que supone la contracción de obligaciones económicas a la fiscalización previa de la Intervención, tal como sucederá con la contratación de personal, el nombramiento temporal de personal o la modificación de las RPT y de las plantillas para, en su caso, hacer efectiva la conversión judicial del contrato temporal en indefinido. La normativa obliga al interventor a realizar una fiscalización crítica y previa a cualquier compromiso u obligación de pago, para lo cual debe emitir su informe de fiscalización sobre la adecuación de ese nombramiento o contrato no solo a la legalidad económica, sino a cualquier norma del ordenamiento aplicable. Además, en el ámbito de las corporaciones locales, aparte de la función fiscalizadora del interventor, que es la más importante en el expediente, debe informar bien el secretario, que tiene como obligación legal la función de asesoramiento según dispone también el Real Decreto 128/2018, o, cuando menos, el jefe de la unidad o dependencia, que en este caso sería Recursos Humanos o como se denomine, tal y como imponen los arts. 172 y ss. del Real Decreto 2568/1986[10].

Posiblemente sería más recomendable y adecuado utilizar la vía general del art. 36.3 de la Ley 40/2015, toda vez que en este caso nos encontramos ante un supuesto específico causante del perjuicio económico como es la comisión de un abuso en la contratación o en los nombramientos de carácter temporal, que tiene su propia regulación concreta en la nueva disposición adicional decimoséptima de la Ley 20/2021. El supuesto de hecho de la responsabilidad no sería el incumplimiento de la normativa presupuestaria y

10. Si el interventor en esa función fiscalizadora crítica y previa del art. 214 del RDL 2/2004 formula un reparo, dicho reparo debe ser tramitado conforme señalan los arts. 216 y ss. de dicha norma y remitido al Tribunal de Cuentas por si este Tribunal hallara causa susceptible de investigar y enjuiciar como responsabilidad contable, y lo hará a la vista del reparo y la adecuación del acto al ordenamiento jurídico, tras unas diligencias previas conforme a la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. En todo caso, habría que tener en cuenta y analizar con detalle el *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*, así como el art. 4 del *Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo*, donde se regula la función de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria y función de contabilidad.

contable, vinculada a la ordenación del gasto o del pago, sino más bien la vulneración de la legislación de empleo público por el órgano responsable en materia de personal.

4.3.4
La exigencia de responsabilidad patrimonial directa del responsable del abuso

La redacción del precepto que estamos analizando, a mi juicio, nos remitiría automáticamente al análisis de los procedimientos para la exigencia de responsabilidad patrimonial que prevé el art. 36 de la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*, a la llamada acción de repetición o acción de regreso o a la acción directa contra el funcionario público. Esta acción permitiría a la Administración repercutir al responsable las consecuencias negativas que para ella ha tenido la contratación irregular, básicamente el pago de una compensación económica al empleado público afectado. Este tipo de responsabilidad es perfectamente compatible con la responsabilidad disciplinaria que, en su caso, pudiera concurrir (García Álvarez, 2013: 225).

El precepto recoge dos supuestos diferentes. El primero, previsto en su apartado segundo, instituye la denominada acción de regreso o repetición. Resulta aplicable solo cuando el funcionario o autoridad haya causado un daño mediando culpa, dolo o negligencia grave que haya motivado el pago de una indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración. Este sistema de responsabilidad funcionarial es consecuencia del modelo de responsabilidad directa que ha establecido nuestro legislador, pues será la propia Administración (y por tanto los ciudadanos contribuyentes) la que responda y pague, evitando posibles insolvencias del causante. Por ello, tal como se ha señalado, podía ser notoriamente "insano" (García y Fernández, 2013: 413) y suponer una "absoluta impunidad" de los funcionarios y de los políticos (González Pérez, 2015: 667 y 670). No obstante, esta institución se ha calificado como una institución "florero" (Doménech Pascual, 2008: 4), que no se ejerce por su coste político, por las presiones y resistencias corporativas y sindicales, por la concepción de responsabilidad compartida que subyace en la actuación pública y por el desincentivo que supondría para la atracción de nuevo personal al empleo público (Saura Fructuoso, 2015: 7, 13 y 14). El segundo supuesto es el previsto en su apartado tercero y no está vinculado a un previo expediente de responsabilidad patrimonial. Esta opción sería, en mi opinión, la aplicable en este caso, pues basta con que se cause a la Administración un perjuicio económico.

Efectivamente, en este caso, la parte perjudicada por la actuación de su personal es la propia Administración, y será ella misma la que pueda acordar unilateralmente la indemnización que proceda mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad de oficio frente al presunto responsable. Esta opción es simplemente una manifestación del principio de la autotutela de la Administración, que le permite resarcirse del perjuicio sufrido en su patrimonio como consecuencia del pago de la compensación económica correspondiente, dictando por sí misma el correspondiente acto administrativo (Fortes González, 2014: 305).

Determinar la naturaleza jurídica de la cantidad económica puede ser esencial a la hora de determinar qué tipo de acción procede contra el funcionario o contra el responsable del abuso. En este sentido, el nuevo marco jurídico establecido por la Ley 20/2021 ya nos ha clarificado que no se trata del pago de una indemnización por responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados por el abuso cometido por la Administración, sino más bien de una mera compensación económica establecida directamente por el legislador, lo que descarta la acción de regreso y nos situaría directamente ante el ámbito de la acción directa del art. 36.3 de la Ley 40/2015, en la medida en que habilita a la Administración para que se dirija directamente contra las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, culpa o negligencia graves. La mera posibilidad teórica de que las compensaciones abonadas por la Administración puedan repercutir en el patrimonio personal del responsable de la irregularidad confiere a esta medida un importante carácter disuasorio y, en su caso, directamente sancionador de posibles comportamientos abusivos.

En el ámbito de la Administración local existen preceptos específicos para regular esta materia. Es fundamental el art. 78 de la *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local*, que prevé la posibilidad de repercutir sobre los miembros de las corporaciones locales, y, con un alcance más general, referido a autoridades, miembros, funcionarios y dependientes, el art. 225 del *Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales*. Con mayor explicitud, el art. 60 del *Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local*, dispone que "las autoridades y funcionarios de cualquier orden que, por dolo o culpa o negligencia, adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones legales, estarán obligados a indemnizar a la Corporación Local los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquéllos,

con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder".

En fin, este tipo de responsabilidad cumple una función profiláctica. Además de tener naturaleza reparadora, tiene una clara naturaleza preventiva, porque, si el funcionario público se siente impune, no se esmerará en la evitación de los perjuicios, habida cuenta de que, como señala Nieto García, no le dolerá el pago (Nieto García, 2008). Por el contrario, si se siente personalmente responsable, se esforzará en evitar cometer irregularidades, y es previsible que disminuya exponencialmente el riesgo de cometer abusos. Si sobre el funcionario no pesa la amenaza de responder con su patrimonio por los perjuicios económicos causados, este carecerá de los incentivos adecuados para actuar con el nivel óptimo de cuidado (Doménech Pascual, 2008: 13).

Sucede, no obstante, que, tal como ha sido configurada esta acción por parte del legislador, no resulta de fácil aplicación por su inconcreción. Sus requisitos son muy exigentes y requieren una especial intencionalidad de la autoridad o funcionario que normalmente no se suele dar en la práctica administrativa. Fuera de los supuestos más escandalosos, que posiblemente requieran incluso un reproche penal, cuando el funcionario causa un daño o, en este caso, comete una irregularidad en la contratación temporal, no lo hace normalmente con la intención de dañar a la Administración, de causarle un perjuicio económico. Pueden darse otros condicionantes en esta materia, porque no está en su mano la creación de un nuevo puesto de trabajo (que posiblemente corresponderá a otros órganos), porque las normas le impiden sacar a la oferta de empleo público una plaza que, sin embargo, es necesaria para atender las funciones y tareas de la Administración, etc. Y excepcionalmente, si es que realmente existe esta intencionalidad espuria, entonces habrá que plantearse posiblemente otro tipo de responsabilidades más graves.

Es preciso que la persona titular del órgano responsable en materia de personal, esto es, la autoridad o funcionario público, haya incurrido en dolo, culpa o negligencia graves al cometer el abuso. Se requiere un especial componente de intencionalidad en el responsable, sin el cual es imposible repercutir la cuantía pagada. El hecho de que ello sea así tiene su explicación lógica, pues, en caso contrario, los funcionarios públicos estarían comprometiendo directamente su patrimonio con el cumplimiento de sus funciones y podrían caer en la tentación de actuar intentando siempre minimizar su eventual responsabilidad, aunque ello no fuera siempre lo más conveniente para el interés público.

Dado que no existe una definición legal del dolo en las normas administrativas, habrá que acudir a la construcción que se ha hecho desde el derecho civil (art. 1267), que lo ha identificado con la mala fe. Pero es el derecho

penal el que tiene una construcción más acabada del mismo, exigiendo para que este se dé la presencia del elemento volitivo y el intelectivo. El elemento intelectivo hace referencia a que el sujeto, la autoridad o personal responsable posea un conocimiento cabal de la ilegalidad. El elemento volitivo apunta a la necesidad de buscar conscientemente y querer tal ilegalidad. En cambio, la culpa exigida para que pueda ejercitarse esta acción de responsabilidad ha de ser grave; en ella el actor conoce que puede darse la situación de ilegalidad, pero cree que de esta no se producirá ningún daño para la Administración. Se trata en el precepto legal de culpa grave de una culpa consciente, no de una simple imprudencia o culpa leve. Todos estos extremos han de quedar acreditados suficientemente en el correspondiente expediente de responsabilidad. Sin contar con requerimientos o informes técnicos previos sobre la legalidad de la contratación resultará muy difícil acreditar este extremo.

En fin, hubiera sido deseable que la Ley 20/2021 hubiera modificado el art. 36.3 para añadir un supuesto más a la acción directa, desligándolo del dolo, culpa y negligencia y haciendo referencia expresa al pago de "compensaciones económicas" que se deriven por el abuso en la temporalidad del empleo público. Para ello hubiera bastado meramente voluntad política. No obstante, tampoco es descartable que, dada la situación actual a la que hemos llegado, la comisión de este tipo de abusos se considere, cuando menos, como una negligencia grave del sujeto causante, toda vez que las Administraciones se van a preocupar por establecer criterios de actuación que eviten abusos, el nuevo marco jurídico de las figuras temporales es mucho más claro y las obligaciones de cese o despido del personal interino también. Si a pesar de todas estas cautelas se produce el abuso, no me cabe la menor duda de que será debido, cuando menos, a una negligencia grave de la autoridad o funcionario responsable.

5
Bibliografía

Arroyo Yanes, L. M. (2021). El nuevo régimen del funcionario interino en plaza vacante tras el decreto-ley 14/2021, de 6 de julio. Del funcionario interino de duración indeterminada al funcionario interino temporal. *Documentación Administrativa*, 8.

Beltrán de Heredia Ruíz, I. (2022). Régimen normativo del Contrato Fijo-Discontinuo y de la Contratación Temporal (anterior y posterior al RDLey 32/2021). *Una mirada crítica a las relaciones laborales* [blog]. Disponible en: https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/#321113.

Boltaina Bosch, X. (2021a). Personal temporal en la Administración Pública: soluciones de presente y opciones de futuro. *Documentación Administrativa. Nueva época*, 8, 66-91.

— (2021b). El Real Decreto Ley 14/2021 sobre personal interino y estabilización: ¿Cómo gestionar el caos de su transitoriedad en el mundo local? *La Administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, 9, 45-57.

Cantero Martínez, J. (2017). El funcionario interino en la jurisprudencia comunitaria: sobre la necesidad de repensar la figura. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 12, 8-29.

— (2022). *Temporalidad y estabilización en el empleo público*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

Cuenca Cervera, J. (2022). ¿Esta vez es la definitiva? Reducción de la temporalidad y profesionalización del empleo público local. *El Consultor de los Ayuntamientos*, especial II, mayo.

Doménech Pascual, G. (2008). Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio. *InDret*, 2.

Fortes González, A. I. (2014). *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas*. Madrid: INAP.

Fuentetaja Pastor, J. Á. (2018). *Función pública y derecho europeo.* Madrid: Civitas-Thomson Reuters.

— (2020a). La conceptualización del funcionario interino. *Anuario de la Función Pública*, 5, 32-47.

— (2020b). El funcionario interino: entre la temporalidad y la estabilidad. *Documentación Administrativa*, 7, 88-103.

— (2020c). La utilización abusiva de los funcionarios interinos ante el derecho europeo: entre la transformación en funcionarios de carrera y el derecho a indemnización. *Revista de Administración Pública*, 212, 201-230.

García Álvarez, G. (2013). La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas. En T. Quintana (dir.) y A. Casares (coord.). *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública* (tomo I). Valencia: Tirant lo Blanch.

García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2013). *Curso de Derecho Administrativo II.* Madrid: Civitas.

Garrido Juncal, A. y Povedano Alonso, D. (2022). *El futuro del empleo público local. Especial referencia a la temporalidad y acceso*. Disponible en: https://api.foroeconomicodegalicia.es/uploads/REDLOCALIS/originals/d633e758-b9dc-4935-99f6-06b3d224b1f1.pdf.

González Pérez, J. (2015). *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Madrid: Thomson-Civitas.

Jiménez Asensio, R. (2019). ¿Selección o autoengaño?: doce tesis sobre el momento actual de la selección en el empleo público autonómico y local. *La mirada institucional* [blog], 3 y 6 de febrero. Disponible en: https://rafaeljimenezasensio.com/2019/02/03/seleccion-o-autoengano-i-doce-tesis-sobre-el-momento-actual-de-la-seleccion-en-el-empleo-publico-autonomico-y-local/

Luxán Meléndez, J. M.ª de (2020). Las fuentes de información sobre el empleo público en España: revisión, diagnóstico y propuestas de cambio. *Gestión y análisis de políticas públicas*, 23, 20-44.

Mateos Martínez, J. (2020). El derecho a la no discriminación de los funcionarios interinos: estado de la cuestión tras la más reciente jurisprudencia comunitaria. *Revista Vasca de Administración Pública*, 117, 387-419.

Mellado Ruiz, L. (2021). Precariedad regulatoria y personal interino: un futuro incierto (en todos los sentidos). *Documentación Administrativa. Nueva Época*, 8, 92-114.

Nevado-Batalla Moreno, P. T. (2021). La temporalidad en el empleo público como fallo activo en la administración. *Documentación Administrativa. Nueva Época*, 8, 115-136.

Nieto García, A. (2008). Responsabilidad personal y responsabilidad del Estado. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 85, 487-503.

Rivero Ortega, R. (2020). *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos. El antídoto de la arbitrariedad*. Madrid: Iustel.

Rodríguez Escanciano, S. (2009). La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito laboral. *Documentación Administrativa*, 282-283, 199-239.

Roqueta Buj, R. (2021). *El RDL 14/2021, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público: novedades en materia de interinos*. Disponible en: https://elderecho.com/el-rdl-14-2021-de-medidas-urgentes-para-la-reduccion-de-la-temporalidad-en-el-empleo-publico-novedades-en-materia-de-interinos.

Roqueta Buj, R. y Goerlich Peset, J. M.ª (2021). *Interinos en el empleo público. Régimen jurídico y puntos críticos tras el Real Decreto-ley 14/2021.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Sánchez Morón, M. (2012). Informe jurídico sobre el deber de las Administraciones públicas de incluir en la oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporal y publicar en plazo las correspondientes convocatorias de selección. *Revista de Administración Pública*, 187.

– (2019). La consagración del funcionario interino indefinido. *Revista de Administración Pública*, 208, 223-238.

– (2020). *Régimen jurídico de los funcionarios interinos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

– (2021). Las medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Texto escrito de la ponencia presentada en el *Seminari sobre relacions col·lectives* (26 septiembre 2021, Federació de Municipis de Catalunya).

Saura Fructuoso, C. (2015). La ignota acción de regreso de la Administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad. *Documentación Administrativa*, 2.

El personal eventual. Encuadramiento de una figura polémica en la Administración local

Javier García Luengo
Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Oviedo

1. **Concepto y presupuestos constitucionales de la regulación del personal eventual**
2. **Funciones del personal eventual**
3. **¿Se pueden cubrir los puestos de directivos locales por personal eventual?**
4. **Consecuencias del nombramiento como personal eventual para funciones que exceden las reservadas a esta figura. Una posible vía para la declaración de indefinidos no fijos en plantilla**
5. **Nombramiento y cese del personal eventual en las corporaciones locales. Límites cuantitativos**
6. **Derechos y deberes del personal eventual**
   6.1. Principio general
   6.2. Los derechos retributivos
   6.3. Derechos a la representación y a la negociación colectiva
7. **Una reflexión final**
8. **Bibliografía**

Resumen

La figura del personal eventual no debe ser considerada un elemento inconstitucional o una suerte de cuerpo extraño en nuestro sistema. Por el contrario, la existencia de personal cualificado cumpliendo funciones de asesoramiento especial y de apoyo de confianza a los cargos electivos descarga a los funcionarios públicos de tareas que

Artículo recibido el 29/09/2022; aceptado el 14/10/2022.

podrían comprometer su objetividad. Sin embargo, como se analiza en este trabajo, una regulación demasiado parca y laxa de este tipo de personal puede propiciar abusos, que se podrían atajar con soluciones legislativas adecuadas que, particularmente, tengan en cuenta las peculiaridades del régimen local.

Palabras clave: *empleo público; personal eventual; puestos de confianza; asesoramiento especial; entidades locales; retribuciones del personal.*

Temporary staff: a complex puzzle for the local administration

Abstract

Temporary staff in public administration should not be considered unconstitutional or a sort of a rare institution in our legal framework. On the contrary, the existence of qualified staff performing special advisory functions and providing support to elected positions unburdens civil servants of tasks that may jeopardize their objectivity. Nevertheless, according to our analysis in this article, regulations for this type of staff that are too scanty and lenient can lead to abuses, which could instead be stemmed by adequate legislative solutions that pay specific attention to the special features of the local legal framework.

Keywords: civil service; temporary staff; positions of trust; special advisory functions; local entities; remuneration.

1
Concepto y presupuestos constitucionales de la regulación del personal eventual

El personal eventual es, en la actual concepción legal de la figura, un tipo de empleado público, y siendo, según el artículo 8.1 del TREBEP, los empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones públicas al servicio de los intereses generales, ha de seguirse que el personal eventual sirve al interés general.

Esta configuración legal es correcta, puesto que la definición del interés general es tarea que corresponde a los representantes públicos a los que este personal presta sus servicios. En este sentido, su "servicio al interés

general" difiere, al menos en parte, del que prestan los demás empleados públicos y particularmente el personal funcionarial, ya que es un servicio que se concentra, al menos en buena medida, en las tareas previas a la definición de dicho interés general, en la labor política de su configuración.

La opción constitucional a favor de que las tareas públicas se asuman por personal funcionarial seleccionado conforme a los principios de mérito y capacidad, y cuya labor se ejerce presidida por el principio de imparcialidad, justifica que se tenga que disponer de otro tipo de personal que, seleccionado por criterios de estricta confianza, realice tareas de asistencia a los cargos y autoridades públicas que chocan con el deber de imparcialidad.

Si históricamente, incluso en nuestro país, buena parte del empleo público estaba sometido a un sistema de cesantías, de forma que se aseguraba la confianza política del funcionariado[1], hoy nuestra Constitución opta por un sistema de función pública profesionalizada y objetiva. Pero si las labores burocráticas ordinarias se pueden sin problema profesionalizar y dejar en manos de personal imparcial, existen otras tareas de índole "política" que resulta difícil o inoportuno concentrar en las autoridades o los cargos públicos electivos, porque tienen también un componente técnico, lo que justifica el nacimiento de esta tipología de empleados públicos de confianza, que cesan cuando lo hace la autoridad a la que sirven, y que los elige y aparta libremente, por criterios de estricta confianza política.

La oportunidad y utilidad de este personal se puede explicar desde la misma lógica del principio democrático. A menudo, y en las corporaciones locales no es un fenómeno infrecuente, la cohorte funcionarial ha adquirido

1. Este sistema, caracterizado por una amplia cohorte de servidores públicos sometidos a la obediencia política, elegidos y separados libremente por las autoridades, se denominó históricamente *spoil system* o sistema de botín [cuya denominación procede de la expresión "*to the victor belong the spoils*" (al vencedor le pertenece el botín), con la que el senador William Learned Marcy, de New York, justificaba la política de personal del presidente Andrew Jackson], y estuvo vigente en nuestro ordenamiento, según algunos autores, hasta el Estatuto de Bravo Murillo, aprobado por el Real Decreto publicado en la Gaceta de Madrid de 20 de junio de 1852, según el reciente análisis de Muñoz Llinás (2019: 80 y ss.), aunque el sistema de cesantías no desapareció efectivamente hasta el Estatuto de Maura aprobado por Ley de Bases de 22 de julio de 1918, como destaca el profesor Sánchez Morón (2019: 42-43). En otros países la supresión del sistema de botín se produjo a finales del siglo XIX, en el caso de los Estados Unidos con la conocida *Pendleton Civil Service Reform Act*, de 16 de enero de 1883, culminación de un movimiento de reforma de la función pública cuyos motivos han sido muy discutidos por la doctrina americana. Puede verse, al respecto, el trabajo clásico de Hoogenboom (1961). Para una brillante descripción del sistema y de algunas de sus reminiscencias entre nosotros, Martín-Retortillo Baquer (2000: 30 y ss.), con referencia a la figura del funcionario cesante.

una dinámica determinada (a veces, incluso, un fuerte sesgo) condicionada por el mandato de una determinada fuerza política durante muchos años, de forma que una nueva corporación de signo distinto requiere cuando menos disponer de un canal de información alternativo al meramente funcionarial. Esta labor alternativa de información profesionalizada es una de las bases de la existencia de la figura del personal eventual.

También desde la perspectiva del principio democrático, y en íntima relación con la idea anterior, el sistema debe garantizar que los cargos públicos se puedan ejercer sin conocimientos especializados, ya que la decisión política alcanza precisamente los ámbitos que no están absolutamente condicionados por una decisión técnica, pero, a menudo, es imprescindible que el político tenga un asesoramiento técnico adecuado, de su confianza e informal que le permita anticipar y contrastar el canal formalizado y supuestamente objetivo de los informes técnicos oficiales. Sin esta posibilidad, la labor de dirección política quedaría *de facto*, sobre todo en ciertas materias en las que la implicación de los aspectos técnicos es muy relevante (como puede ser el ámbito de las obras públicas o el urbanismo), reservada a personas con formación técnica, lo que supondría un detrimento de la democracia, en cuanto se reduciría proporcionalmente el número de personas que pueden acceder a un cargo público.

Estas ideas han de tenerse muy presentes cuando se caricaturiza o se banaliza la necesidad de este tipo de personal eventual, cuya existencia, en nuestra opinión, es constitucionalmente conveniente.

Aún se podría añadir otra consideración que ayuda a entender el entramado constitucional en el que se mueve la figura del personal eventual. Hay tareas, algunas cotidianas, en la Administración que casan mal o son, *de facto*, virtualmente incompatibles con el principio de objetividad y que, por lo tanto, no deberían ser encomendadas a personal funcionarial y que, sin embargo, por su propia naturaleza, requieren de conocimientos técnicos o, cuando menos, aconsejan una consideración de factores jurídicos o de otra índole que no cabe exigir al personal puramente político. Me refiero a tareas como la negociación política con la oposición (imprescindible en todos los niveles del Gobierno, y también en el nivel local), la valoración de enmiendas a proyectos normativos, u otras similares en las que no sería oportuno implicar al personal funcionarial, bien por la repercusión personal que esas decisiones van a tener sobre él, bien por su componente esencialmente político.

A partir de estas consideraciones básicas es posible valorar la escasa normativa relativa a este tipo de personal y fijar algunas líneas que ayudan a desarrollar su régimen jurídico.

2
Funciones del personal eventual

Comenzaremos nuestro análisis por una cuestión de primera relevancia práctica como es la relativa a las funciones que puede o debe asumir este personal. En nuestra opinión, para delimitar estas funciones es preciso tomar en consideración tres ideas fundamentales: no cabe que el personal eventual invada el ámbito funcional reservado al personal funcionario; se debe tratar de funciones calificables como de confianza o asesoramiento especial, y, en todo caso, sus funciones se deben realizar al servicio de los intereses generales. Vamos a tratar de concretar estas ideas para delimitar, con ayuda de la jurisprudencia, el campo propio de las funciones del personal eventual.

El primer criterio, consistente en la prohibición de que funciones propias del personal funcionario se ejerzan por personal eventual, viene expresado reiteradamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo[2], en los siguientes términos: "[…] deben quedar vedadas a ese personal eventual las actuaciones de colaboración profesional que se proyecten en las funciones normales de la Administración pública, bien en las externas de prestación y policía frente a la ciudadanía, bien en las internas de pura organización administrativa. Estas actuaciones profesionales, por la directa conexión que tienen con los principios constitucionales de objetividad y eficacia administrativa, deben ser asignadas al personal público seleccionado bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad".

Esta idea es coherente con la doctrina del Tribunal Constitucional[3] que considera que la Constitución Española, dado lo dispuesto en sus artículos 103.3 y 149.1.18, ha optado por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos, debiendo la ley determinar en qué casos y con qué condiciones pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración pública. De lo que se deduce que la interpretación de las funciones abiertas al personal eventual será estricta y que los puestos reservados a este personal son excepcionales, como el Tribunal Supremo ha destacado, también, con reiteración[4].

2. En tal sentido, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 2 de septiembre de 2004, en el recurso 3489/1999, de 17 de marzo de 2005, en el recurso 4245/1999, o de 25 de abril de 2008, en el recurso 3010/2005. También, citando el mismo texto, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2022, en el recurso 1275/2020.

3. En su constante jurisprudencia, de la que puede ser un buen ejemplo la Sentencia 235/2000, de 5 de octubre (fundamento jurídico quinto).

4. La expresión de esta idea que emplea el Tribunal Supremo, entre otras en las citadas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 2 de septiembre de 2004, en el re-

El segundo término de la delimitación viene dado por la necesidad de que los puestos ocupados por este personal se dediquen en exclusiva a funciones calificables como de confianza o asesoramiento especial. El Tribunal Supremo, de nuevo, ofrece una definición de estas funciones, entendiendo por tales las "tareas de colaboración inmediata con quienes ostentan el poder de superior decisión política, en las que predominan las notas de afinidad y proximidad política que es inherente a la 'confianza'"[5].

Esta afirmación es esencialmente correcta, aunque tal vez demasiado general; por funciones de asesoramiento especial deben entenderse efectivamente las destinadas a facilitar un cauce de información ágil y distinto al formal y más burocrático que las autoridades reciben por los conductos oficiales de los funcionarios públicos. Este otro asesoramiento de "gabinete" es un asesoramiento paralelo, justificado por la necesidad de contar con una vía alternativa de información que permita a la autoridad contrastar los datos que recibe por el conducto burocrático ordinario, complementarlos con agilidad y combinarlos con consideraciones de oportunidad política que no debería recibir por los cauces "oficiales", esto es, por la vía de los informes elaborados por funcionarios que actúan sometidos al principio de objetividad.

Más allá del asesoramiento especial existen otras funciones de "confianza" que también podrían estar asumidas por este tipo de empleados públicos, como son tareas de negociación política o de enlace con otras instituciones, en las que se entremezclan elementos técnicos con indudables consideraciones de oportunidad que, en ocasiones, no sería siquiera prudente imponer a funcionarios públicos, aunque ocupen excepcionalmente puestos de libre designación, puesto que comprometerían su objetividad. En las organizaciones más grandes es importante la coordinación que este personal hace de la producción normativa de la Administración a la que sirve, labor en la que, como resulta obvio, es claro el enlace entre lo estrictamente técnico y las consideraciones políticas o de oportunidad.

Más allá de estas funciones en las que lo técnico se entremezcla con lo político, no cabe que este tipo de personal se ocupe de funciones que pue-

curso 3489/1999, o de la Sala de lo Social de 22 de marzo de 2022, en el recurso 1275/2020, es la siguiente: "[…] los puestos reservados a personal eventual son excepcionales y su validez está condicionada a que sus cometidos se circunscriban a esas funciones de 'confianza y asesoramiento especial' que legalmente delimitan esta específica clase de personal público". También insiste en esta idea de la interpretación restrictiva de las funciones que puede asumir este personal la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014, recurso 1255/2013.

5. En tal sentido, de nuevo, por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2008, en el recurso 3010/2005, o la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2022, en el recurso 1275/2020.

dan ser asumidas por otro empleado público por ser objetivas y regirse por criterios estrictamente técnicos o de legalidad, ni tampoco que ejerza potestades públicas. Les quedan vedadas, por lo tanto, las funciones burocráticas ordinarias de la Administración, tanto las que se ejercen *ad extra*, hacia la ciudadanía, como las labores internas ordinarias propias de la tramitación administrativa[6].

La jurisprudencia utiliza para delimitar de forma negativa el campo propio de este personal indicios como el hecho de que la persona haya prestado sus servicios para varias autoridades (especialmente si son de diversos partidos políticos)[7], o que la labor concreta asumida no implique una especial cercanía a la autoridad de la que se depende (servicios generales o para la organización), o, también, el grado de autonomía con el que se ejerce la función, ya que una tarea mecánica o excesivamente dependiente sería contraria a la esencia del asesoramiento especial y la confianza aquí requeridos.

Por otra parte, la diversidad de funciones, incorporando al puesto funciones que son ajenas a las de asesoramiento especial o confianza, también ha servido para negar la condición de personal eventual a quienes las desempeñan[8], aunque el hecho de asumir de forma puntual otras labores propias de la organización, siempre en dependencia directa de los cargos políticos, no parece que evite la consideración de eventual[9].

6. Muy significativamente al respecto la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2008, en el recurso 3010/2005, cuando señala lo siguiente: "[…] deben quedar vedadas a ese personal eventual las actuaciones de colaboración profesional que se proyecten en las funciones normales de la Administración pública, bien en las externas de prestación y policía frente a la ciudadanía, bien en las internas de pura organización administrativa. Estas actuaciones profesionales, por la directa conexión que tienen con los principios constitucionales de objetividad y eficacia administrativa, deben ser asignadas al personal público seleccionado bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad".

7. *Vid.*, al respecto, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede de Granada) de 29 de octubre de 2020, en el recurso de suplicación 850/2020, que niega la condición de personal eventual al responsable de prensa de un ayuntamiento que sirvió como tal durante diversas legislaturas y bajo Gobiernos de distinto signo político, con lo cual, en opinión de la Sala, se desnaturaliza la nota de especial confianza que motivaba los nombramientos. También en el mismo sentido, la Sentencia de 6 de octubre de 2021 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recurso de suplicación 582/2021, que toma en consideración que el empleado en cuestión sirvió en el mismo puesto a distintos Gobiernos.

8. Al respecto, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede de Granada) de 16 de diciembre de 2020, recurso de suplicación 1440/2020, que no considera eventual al empleado que venía desempeñando funciones ajenas y complementarias que excedían de las que motivaron su nombramiento.

9. Así se explica en el supuesto analizado en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (sede de Las Palmas de Gran Canaria), de 14 de noviembre de 2019, rec. 1017/2019, en la que la empleada eventual, además de labores de asesoramiento político y apoyo, como la publicidad de la actividad del Gobierno municipal

Aplicando estos criterios la jurisprudencia ha llegado a la conclusión de que no pueden considerarse cargos eventuales, por ejemplo, el de un periodista que se dedica a elaborar resúmenes de prensa y ha trabajado para varias autoridades sin una relación cercana con las mismas y sin que su trabajo estuviese presidido por criterios de oportunidad política[10], o el de la persona que prepara materialmente la documentación del Consejo de Ministros, ya que se trata de una labor propia de un ordenanza, que no implica una confianza especial y que requiere un nivel de confidencialidad que es propio también de otros servidores públicos[11].

En este sentido, se puede generalizar esta jurisprudencia y excluir del ámbito de funciones del personal eventual las tareas propias de oficios o profesiones que no tienen entre sus funciones usuales las de prestar asesoramiento y apoyo de confianza a la gestión. Se excluyen, por lo tanto, puestos de

en redes o la preparación de las respuestas a la oposición, puntualmente asumía labores culturales y apoyaba al personal de la biblioteca por orden del concejal del que dependía.

10. En tal sentido la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede de Sevilla) de 16 diciembre de 2021, en el recurso de suplicación 1197/2020, que dispone lo siguiente: "[…] hay que estar no a la formalidad del nombramiento sino a la verdadera naturaleza del mismo para poder conocer si las funciones que realizaba la parte actora encajan con las funciones que debe desarrollar el personal de confianza ex artículo 12 EBEP –'únicamente previstos para desempeñar *funciones de confianza o asesoramiento especial*'– y en el caso presente, quedó acreditado que las funciones atribuidas al trabajador carecían de las notas propias de los puestos de confianza o asesoramiento especial, pues no tenía las connotaciones propias del personal al que se refiere el citado art. 12 EBEP al ser meramente pasivas, al no dar consejo ni ilustrar de nada, bastando con realizar una labor de documentación que no precisa de ninguna cualificación o aparece que las funciones expuestas determinen la existencia de una relación específica de confianza que caracterizase la naturaleza de la actividad prestada, ya que la misma puede encuadrarse sin dificultad en el tipo de labor desempeñada por trabajadores con relación laboral ordinaria pues no gozaba de autonomía, ni cumplía la finalidad de asesoramiento para la que había sido contratado, sino que trabajaba sometido al ámbito organizativo y directivo de la Consejería de presidencia realizando funciones que en modo alguno pueden considerarse de confianza y asesoramiento especial, dado que las tareas relatadas no comportan una especial sensibilidad y cuidado en su desarrollo, ya que no se basan en criterios de oportunidad política pues el trabajo del actor no era de confianza o especial asesoramiento, sino que eran tareas pasivas, y para uso general".

11. En tal sentido, la Sentencia de 6 de octubre de 2021 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recurso de suplicación 582/2021, que parte de las siguientes circunstancias: "En el hecho probado tercero de la sentencia recurrida consta que cesó el demandante al aprobarse la moción de censura al Presidente de Gobierno y causó baja el 19-6-2018 y se autorizó nueva contratación y se firmó el 20-6-2018 (tal redacción ha quedado inalterada) se alega en el escrito de impugnación que los nombramientos se producen independientemente del partido político al que pertenezca el Presidente del Gobierno por lo que no es un cargo de confianza personal de éste"; para concluir lo siguiente: "No pueden ser identificadas con funciones de confianza y asesoramiento los cometidos que el actor ha venido desempeñando porque son funciones de ayudante de gestión, ordenanza y las mismas, las mismas puede afirmarse que encarnan tareas de carácter permanente dentro de la organización administrativa de Presidencia de Gobierno. No estamos, pues, ante personal eventual de confianza, sino una relación laboral de carácter indefinida".

administrativo, de auxiliar administrativo (y de secretaría de los altos cargos), de oficios (conductores, cocineros, obreros), de ordenanzas y otras funciones que, en su caso, y de conformidad con la interpretación restrictiva que caracteriza a las funciones a cumplir por el personal eventual, podrían cubrirse por personal funcionario o laboral elegido por el sistema de libre designación, pero no justifican el régimen propio del personal eventual[12].

No obstante, la aproximación jurisprudencial es marcadamente casuística, dependiendo la consideración del personal como "eventual" de las circunstancias concretas en las que se ejerce la función y de las tareas encomendadas.

La valoración de esta aproximación jurisprudencial es compleja. Por una parte, es positivo que la jurisprudencia se esfuerce por atajar situaciones de verdadero abuso de la figura por parte de la Administración para mantener en precario a trabajadores que ocupan *de facto* puestos que deberían corresponder a personal laboral o incluso funcionario, y al mismo tiempo este afán garantista puede conducir a reconocer como indefinido no fijo en plantilla a personas que deberían ser perfectamente conscientes de que su contratación ha sido irregular y que, además, con frecuencia son cercanas ideológicamente a los cargos políticos, lo que se presta a situaciones contrarias a los principios más elementales del sistema. Por ello, la propia jurisprudencia pone el acento en los casos en que el supuesto eventual ha prestado sus servicios bajo Gobiernos, a cualquier nivel, de distinto signo político, y es un tanto más laxa cuando el eventual simplemente asume funciones que no le corresponden[13], problema que también debe atajarse, pero no mediante la transformación del falso eventual en indefinido, sino mediante la simple anulación del nombramiento.

En conclusión, pueden extraerse las siguientes notas sobre el alcance de las funciones del personal eventual, perfectamente aplicables al personal de esta naturaleza que sirve a las entidades locales:

- Las funciones de asesoramiento especial y de confianza no pueden cubrir tareas propias de los funcionarios públicos, relacionadas con el ejercicio de la autoridad, y, en general, cualesquiera actuaciones formales en la Administración, como la formulación de propuestas en procedimientos administrativos, la evacuación de informes preceptivos o la integración, en la condición de miembros, en órganos

12. Seguimos, en tal sentido, a Boltaina Bosch (2003: 13), siguiendo una Sentencia de la antigua Audiencia Territorial de Zaragoza de 23 de enero de 1989.

13. Al respecto, por ejemplo, el supuesto, ya comentado arriba, de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (sede de Las Palmas de Gran Canaria), de 14 de noviembre de 2019, rec. 1017/2019.

colegiados de las Administraciones[14]. Su interpretación, además, debe hacerse con un criterio restrictivo.

- El asesoramiento especial puede ser un asesoramiento experto (el propio de un profesional como un arquitecto, un jurista o cualquier otro técnico), pero no puede suplir ni condicionar formalmente el asesoramiento ordinario que corresponde a los canales burocráticos de la Administración.
- Las labores de confianza se prestan a favor de la autoridad y en el marco de sus funciones públicas (la Ley se refiere a que estos empleados públicos lo son al servicio de los intereses generales), no se pueden entender como funciones de confianza o de asesoramiento especial tareas completamente ajenas a la Administración, como las actividades de mero interés personal de la autoridad o del partido al que pertenece.
- Se trata, por lo tanto, de funciones paralelas a las del personal funcionario o laboral, en las que el contenido técnico se entremezcla con el político o de oportunidad.
- Constituyen indicios de que las funciones no son de confianza su carácter rutinario y el hecho de que se vengan prestando para distintas autoridades, sobre todo si pertenecen a distintos partidos políticos.

14. En este sentido, debe destacarse el valor general tanto del artículo 60.2 del TREBEP, que impide al personal eventual ser parte de los órganos de selección del personal, como de dos preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

En primer lugar, el párrafo segundo del artículo 323.4 de la LCSP, cuando señala lo siguiente: "La composición de las Juntas de Contratación se fijará reglamentariamente, debiendo figurar entre sus vocales un funcionario que tenga atribuido, legal o reglamentariamente, el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor. En ningún caso podrán formar parte de las Juntas de Contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos representativos, los altos cargos, el personal de elección o designación política ni el personal eventual. Podrá formar parte de las Juntas de Contratación personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente. Tampoco podrá formar parte de las Juntas de Contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate".

En segundo lugar, el párrafo tercero del artículo 326.5 de la LCSP, que dispone lo siguiente: "En ningún caso podrán formar parte de las Mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos representativos ni el personal eventual. Podrá formar parte de la Mesa personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente. Tampoco podrá formar parte de las Mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la Disposición adicional segunda". Precepto que se mantiene, en lo que aquí importa, en la regla específica para el ámbito local en el tercer párrafo del apartado 7 de la disposición adicional segunda de la LCSP: "En ningún caso podrá formar parte de las Mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas, personal eventual. Podrá formar parte de la Mesa personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente".

Debe destacarse, por último, que en la definición de estas notas ha influido más la jurisprudencia que la labor del legislador, que ha sido excesivamente parco en la definición de las funciones de estos empleados públicos, dejando un margen excesivo a las distintas Administraciones, lo que en ocasiones ha provocado la intervención del legislador sectorial ante una práctica poco edificante de algunas entidades públicas[15]. Es esta una consideración que puede extenderse, como veremos, a otros aspectos del régimen jurídico de esta figura.

3
¿Se pueden cubrir los puestos de directivos locales por personal eventual?

Razonando desde la situación normativa inmediatamente anterior a la aprobación del EBEP un cualificado sector doctrinal llegó a sostener que cabía el nombramiento como personal eventual de directivos locales[16], incluyendo tanto la figura del gerente o director general de la entidad como la de responsables de distintos servicios, opinión que encontraba un cierto apoyo normativo en el tenor literal del artículo 176.3 del TRRL[17].

Esta opinión ya podría haber sido cuestionada en su día en cuanto suponía extender la noción de confianza a tareas de gestión administrativa ordinaria, dotando de poderes de mando o coordinación a una figura ajena a la estructura burocrática, y, sobre todo, en cuanto no cabía una interpretación extensiva del campo de las actividades del personal eventual, ni la extensión de las mismas más allá del servicio a la autoridad de la que dependen o a la que están asignados, de forma que no cabe que sirvan a la corporación o entidad en su conjunto[18].

15. El mejor ejemplo son precisamente las prohibiciones expresas contenidas en la Ley de Contratos del Sector Público a las que hemos hecho mención en la nota anterior.
16. Esta fue la opinión, por ejemplo, de Boltaina Bosch (2003: 14 y ss.).
17. El artículo 176.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL), disponía: "Podrán ser desempeñados por personal eventual determinados puestos de trabajo de carácter directivo, incluidos en la relación de puestos de trabajo de la Corporación, de acuerdo con lo que dispongan las normas que dicte el Estado para su confección. En estos supuestos, el personal eventual deberá reunir las condiciones específicas que se exijan a los funcionarios que puedan desempeñar dichos puestos". El precepto no ha sido formalmente derogado, aunque, como se explica en el texto principal, debe entenderse derogado por el TREBEP.
18. Esta idea, ya dibujada en el anterior artículo 20.2 de la Ley 30/84, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, está hoy claramente recogida en el artículo 12 del TREBEP, cuando determina en su apartado 2 que serán las leyes de función pública

Hoy, la cuestión no admite, en mi opinión[19], discusión, ya que en el TREBEP el personal directivo profesional se configura como un personal profesionalizado, cuya designación, según el artículo 13.2 de dicha norma, "atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia". Por lo tanto, no cabe cubrir con personal eventual puestos de carácter directivo en las Administraciones públicas en general y en las corporaciones locales en particular.

4
Consecuencias del nombramiento como personal eventual para funciones que exceden las reservadas a esta figura. Una posible vía para la declaración de indefinidos no fijos en plantilla

Es muy importante destacar que cuando el formalmente nombrado como personal eventual acude a la jurisprudencia de la jurisdicción social alegando que ocupa un puesto que no le corresponde, por ir más allá de las tareas de confianza o asesoramiento especial, si su alegación está bien fundada porque efectivamente sus funciones no se corresponden en esencia con las propias del tipo de personal que fue nombrado, no suele encontrarse con una mera declaración de incompetencia de dicho orden jurisdiccional, sino que "levantando el velo" del nombramiento ilegal, los órganos de dicha jurisdicción atienden a la realidad de la relación laboral que se ha generado y declaran la extinción del nombramiento como un despido improcedente[20], lo que podría

que se dicten en desarrollo del TREBEP las que determinarán los órganos de gobierno de las Administraciones públicas "que podrán disponer de este tipo de personal", y cuando añade en su apartado 3 que el cese de este personal tendrá lugar, en todo caso, "cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento".

19. En el mismo sentido, con plena razón, Serrano Pascual (2010: 239), señalando como refuerzo de su interpretación que el Ministerio de Administraciones Públicas entendió derogado el artículo 176.3 del TRRL en sus "Criterios para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración local". También, Fernández Ramos (2013: apdo. IV).

20. En tal sentido, significativamente, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede de Sevilla) de 16 diciembre de 2021, en el recurso de suplicación 1197/2020, siguiendo a las sentencias del mismo tribunal de 18 de septiembre de 2014, en el recurso 1740/2013, 25 de junio de 2015, en el recurso 2150/14, 7 de noviembre de 2017, en el recurso 3720/16, y 17 de octubre de 2019, en el recurso 2359/2018, señala lo siguiente:

> "La primera conclusión que se extrae es que para aplicar el régimen de los funcionarios de carrera y afirmar la competencia del orden contencioso-administrativo, ha de darse una verdadera relación de personal eventual, en los términos que el propio precepto establece. Y éste no atiende simplemente a la formalidad del nombramiento, sino de modo expreso,

llevar a la declaración de la persona en cuestión como personal laboral indefinido no fijo en plantilla, en cuanto su readmisión no podría suponer una incorporación en la plantilla, al no haber accedido a su puesto por un proceso selectivo conforme a los principios de publicidad, mérito y capacidad[21].

Cabría plantearse si esta jurisprudencia no podría llegar a propiciar prácticas corruptas y abrir una grieta peligrosa en la muralla de la selección del empleo público por criterios de mérito y capacidad[22]. Sin embargo, los problemas que plantea esta doctrina son similares a los que se generan, en general, con cualquier irregularidad en la contratación que da lugar al reconocimiento jurisprudencial de la figura del indefinido no fijo en plantilla, y su solución pasa simplemente por exigir que la Administración convoque a la mayor brevedad posible las plazas "ocupadas" irregularmente por la contratación ilegal. Lo que resulta criticable es que no se establezcan mecanismos claros y reglados para facilitar dicha convocatoria.

El actual proceso de estabilización del personal al servicio de las Administraciones públicas propiciado hoy por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, ha de entenderse, en este contexto, plenamente aplicable a las figuras de los indefinidos no fijos en plantilla que puedan derivar de un abuso en los

a las funciones atribuidas, expresamente calificadas como de 'confianza o asesoramiento especial'. Es en el sentido que la jurisprudencia viene resolviendo estos casos y así la STS 26-3-2014, rec. 1255/2013, dice: 'Y, además, conviene subrayar que esta solución es plenamente coherente con el diseño del empleo público establecido por el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/200/, de 12 de abril) basado en un modelo bipolar: los empleados públicos o son funcionarios o son contratados laborales. Y así lo especifica el artículo 8 del EBEP que solamente añade, como figuras muy especiales, en cuanto dotadas de un código genético transitorio, a los *funcionarios interinos*, que no deja de ser funcionarios, y al *personal eventual*, únicamente previstos para desempeñar *funciones de confianza o asesoramiento especial*'. Es aquí donde cobra particular relieve la necesidad de que los tribunales a los que se somete la impugnación del cese analicen la conformidad de la relación a una u otra naturaleza jurídica.

En suma, hay que estar no a la formalidad del nombramiento sino a la verdadera naturaleza del mismo para poder conocer si las funciones que realizaba la parte actora encajan con las funciones que debe desarrollar el personal de confianza *ex* artículo 12 EBEP –'únicamente previstos para desempeñar *funciones de confianza o asesoramiento especial*'".

Esta jurisprudencia la comparten también otros tribunales superiores de justicia, como el de Canarias. Así, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede de Las Palmas de Gran Canaria) de 26 de abril de 2012, en el recurso 49/2012.

21. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su Auto de 19 de diciembre de 2013, en el recurso 956/2013, no se distancia en absoluto de esta doctrina, ya que, aunque rechaza en el caso concreto la competencia de ese orden jurisdiccional para enjuiciar el nombramiento de un eventual, lo hace porque precisamente en el caso concreto no cabía duda de que las funciones asumidas eran de confianza y asesoramiento especial, y, por lo tanto, las propias de este tipo de personal.

22. Advierte de este peligro de prácticas en fraude de ley Fernández Ramos (2013: apdo. VI).

nombramientos de personal eventual, ya que, a pesar del término "indefinido", lo que caracteriza a esta figura es su temporalidad, una temporalidad no fijada, pero determinada porque la persona cesará en cuanto el puesto se ocupe por un empleado público seleccionado conforme a los principios de publicidad, mérito y capacidad[23].

El punto débil de esta solución es que el carácter obligatorio de la convocatoria no está fijado con claridad y podría llegar a sostenerse que si la Administración no tiene un nivel de temporalidad en sus plazas estructurales superior al 8 %[24] no habría una obligación de cobertura.

Entendemos, no obstante, que la persistencia de una situación de contratación o servicios irregulares es inadmisible en el empleo público y que, levantado el obstáculo presupuestario que evitaba la corrección de este tipo de situaciones, es obligado para las Administraciones proceder a la misma.

Debe advertirse, sin embargo, que se han planteado, a la vista de la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si dada la finalidad claramente tuitiva de las cláusulas 4 y 5 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, la solución consistente en la convocatoria de la plaza es conforme con el derecho de la Unión Europea[25]. En nuestra opinión, la existencia de una indemnización

23. El propio tenor literal del artículo 2 de la citada Ley 20/2021, de 28 de diciembre, al referirse a plazas no incorporadas a las relaciones de puestos de trabajo, abre el proceso de estabilización, a nuestro juicio, a todo tipo de contratados irregulares que ocupen puestos estructurales.

24. Porcentaje marcado en el artículo 2.3 de la Ley 20/2021, en los siguientes términos: "La tasa de cobertura temporal deberá situarse por debajo del ocho por ciento de las plazas estructurales".

25. De hecho, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 17 de Barcelona ha planteado una cuestión prejudicial contra el artículo 2 de la Ley 20/2021, por Auto de 12 de mayo de 2022, en el recurso 63/2021, que, en lo que aquí interesa, se motiva con la siguiente argumentación:

> "[…] para trabajadores interinos en situación de fraude por abuso nombrados con anterioridad a la ley 20/2021 y a 2020 dicha ley únicamente prevé que se convocarán procesos de estabilización (art. 2) que serán de libre concurrencia (art. 2.4) y en el que les corresponderá una compensación económica de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades si no superan el proceso selectivo de estabilización.
>
> Sin embargo, la compensación de 20 días, no la perciben todos los empleados públicos temporales víctimas de un abuso, sino únicamente quienes no han superado el proceso selectivo en el momento de su despido, por lo que es evidente que esta indemnización no nace del abuso producido, sino que nace de la no superación del proceso selectivo, y es una consecuencia de esa no superación.
>
> Ante dicha cuestión, el Juzgado entiende que los procesos selectivos de acceso libre que se disponen en la normativa objecto de análisis, en ningún caso pueden constituir una medida sancionadora suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar lo establecido en la Directiva 1999/70/CE. Como tampoco es útil a fin de compensar a las víctimas del abuso que han sufrido una violación sistemática y permanente de sus derechos.

a favor del indefinido que no consigue la estabilización debería cubrir el concepto de "sanción suficiente", pero existe efectivamente un riesgo sobre el proceso de estabilización que afectaría también a la situación de los eventuales aquí analizada.

5
Nombramiento y cese del personal eventual en las corporaciones locales. Límites cuantitativos

Tanto el artículo 12.3 del TREBEP como el artículo 104.2 de la LBRL coinciden en disponer que el nombramiento y cese del personal eventual es libre. Con esta expresión se está destacando que la elección de quienes ocupan estos puestos y la extinción o cese en dichos puestos constituyen una potestad de las autoridades competentes (en el caso de las entidades locales, del alcalde o presidente de la corporación)[26] caracterizada por una amplísima discrecionalidad propia de la necesidad de que este personal goce de la confianza de la autoridad a la que presta sus servicios.

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2019[27] entiende que para ejercer esa potestad no es precisa motivación alguna, y lo hace contrastando el nombramiento del personal eventual con el nombramiento del personal funcionario de carrera para un puesto de libre designación, con el siguiente razonamiento:

> "Son estatutos distintos la libre designación del empleado público que es funcionario de carrera para ocupar un puesto funcionarial así clasificado, de la libre designación del personal eventual [cf. 8.2.a) y d) en relación con el artículo 12 del EBEP]. Aun excepcional, en el primer caso constituye una forma de provisión de puestos de trabajo, en el que si bien hay un componente de confianza en el designado, tal confianza se basa en sus cualidades profesionales; por el contrario, el personal eventual está lla-

El TJUE ha establecido de forma reiterada –STJUE de 19 de marzo de 2020 y Auto de 2 de junio de 2021, entre otros– que ningún proceso selectivo es una medida suficientemente efectiva para cumplir con lo estipulado en la cláusula quinta del Acuerdo Marco ya que 'están abiertos a los candidatos que no hayan sido víctimas de ese abuso y no confieren a los empleados públicos víctimas de ese abuso y no confieren a los empleados públicos víctimas de tal abuso ninguna garantía de adquirir la condición de personal estatutario fijo' (apartado 46 Auto TJUE de 2 de junio de 2021)".

26. Como aclara el citado artículo 104.2 de la LBRL: "El nombramiento y cese de estos funcionarios es libre y corresponde al Alcalde o al Presidente de la entidad local correspondiente. Cesan automáticamente en todo caso cuando se produzca el cese o expire el mandato de la autoridad a la que presten su función de confianza o asesoramiento".

27. En el recurso de casación 2740/2017.

mado a desempeñar funciones de estricta confianza de la autoridad que le designa, en especial de asesoramiento, que puede libremente cesarle sin dar especial razón y eso sin olvidar que la suerte de ese funcionario eventual va ligada a la de quien le nombró" (el subrayado es nuestro).

Discrepamos de esta interpretación del Tribunal Supremo, por más que parece responder a un criterio asentado, que va más allá del *obiter dictum* aquí referenciado[28], porque en un Estado de derecho no existen las decisiones de la Administración "libres" por más que, en efecto, la decisión discrecional sea aquí especialmente amplia. En nuestro sistema solo hay dos tipos de decisiones administrativas: las discrecionales y las regladas; no hay decisiones "libres" o políticas ajenas a cualquier motivación. Al tratarse el nombramiento de un eventual de una decisión discrecional[29], por más que apenas delimitada en la Ley por parámetros que sean aprensibles jurídicamente, debe ser motivada por aplicación de las reglas generales y básicas de la legislación de procedimiento administrativo común[30].

28. Ya en este sentido la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2002, en el recurso1418/2000, afirmaba lo siguiente: "[…] la confianza sólo puede ser apreciada por la autoridad que verifica el nombramiento sin estar sometida al requisito formal de hacer una exposición de los motivos en virtud de los cuales prefiere a determinada persona respecto a otra u otras o bien no concede esa confianza a determinada persona y la referencia a las condiciones subjetivas determinantes de la confianza que concurren en el designado para un cargo no son susceptibles de fiscalización en vía jurisdiccional, pues la característica aplicable a los funcionarios eventuales estriba en que son nombrados y separados libremente por la Administración, de acuerdo con sus normas especiales".

29. El carácter discrecional del nombramiento de eventuales y la posibilidad abstracta de una desviación de poder en el ejercicio de esta potestad han sido remarcados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en otras resoluciones, como la Sentencia de 3 de abril de 1992, en el recurso 405/1989: "Esta posibilidad de libre remoción entraña el reconocimiento en favor de la Administración de una potestad discrecional, del mismo modo que discrecional fue el nombramiento. Siendo, por tanto, en tales casos libre el nombramiento y libre el cese; cuando éste se produce, pesa sobre el interesado la carga de probar, si no se conforma con la remoción, que ésta se produjo arbitrariamente, siendo, además, doctrina reiterada de esta Sala, que el vicio de desviación de poder, consagrado a nivel constitucional en el art. 106.1 en relación con el art. 103 de la Constitución y definido en el art. 83 de la Ley Jurisdiccional como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el ordenamiento jurídico, precisa para poder ser apreciado que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde y los pruebe cumplidamente, no pudiendo fundarse en meras presunciones ni en suspicacias o amplias interpretaciones del acto de autoridad y de la oculta intención que lo determine, siendo presupuesto indispensable para que se dé que el acto esté ajustado a la legalidad extrínseca, pero sin responder su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa, dirigida a la promoción del interés público e ineludibles principios de moralidad".

En la doctrina, destacamos la opinión, en tal sentido, de Boltaina Bosch (2000: 529).

30. Así lo dispone el artículo 35.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común:

"Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: […]

i) Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa".

La motivación, además, cumple aquí una función importante, puesto que estamos ante servidores públicos, que, aunque son de la confianza de una autoridad, deben prestar servicios no personales, sino públicos, con lo que se debería justificar, al menos con una referencia sucinta, qué conocimientos o habilidades aportan que hacen posible ese "asesoramiento especial" o que justifican el apoyo de confianza a la autoridad a la que asisten. Es cierto que la confianza o su pérdida es una cuestión de oportunidad, pero si las funciones que justifican el puesto tienen un componente técnico es perfectamente posible y exigible dar una explicación de las razones que hacen al nombrado hábil para ocuparlo. Si, como hemos visto[31], la atribución a un empleado eventual de unas funciones inadecuadas es una grave irregularidad con consecuencias para la Administración, lo que justifica la exigencia de motivar la propia creación del puesto[32], es más que razonable que se exija adicionalmente una adecuación de la persona que va a ser nombrada con las funciones que debe cumplir en su puesto; la confianza es un requisito que no se podrá fiscalizar, pero no basta para que la persona sea idónea para el puesto, ya que entendemos que el servicio al interés general, común a cualquier empleado público, requiere y exige una mínima explicación sobre la idoneidad del sujeto, variable, sin duda, según las características de cada puesto.

En cuanto al número, características y retribuciones del personal eventual, el artículo 104.1 de la LBRL entiende que es competencia del pleno de

31. En el apartado II de este trabajo.

32. Exigencia que se afirma, en una línea jurisprudencial cuya singularidad ha sido puesta de manifiesto por Garrido y Delgado (2015: 20), por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en una serie de sentencias que se inician con la de 29 de marzo de 2021, rec. 595/2001, y que hoy comparte también la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (sede de Burgos), pudiendo citarse su Sentencia de 14 de noviembre de 2016, en el recurso 42/2016. La argumentación compartida por esta jurisprudencia es la siguiente: "La motivación en la creación de este tipo de puestos debe presentar unos caracteres de exhaustividad que permita conocer sin lugar a dudas que los mismos no suponen suplantación de funciones propias, típicas y reservadas de los funcionarios de carrera. Ya hemos visto cómo el Tribunal Supremo marcaba el carácter de excepcionalidad de este tipo de puestos y marcaba, asimismo, la línea que éstos nunca pueden traspasar, a saber, la de las funciones ordinarias de naturaleza administrativa; so pena, añadimos nosotros, admitiendo el planteamiento del recurrente, de vulneración del art. 23.2 CE, en la forma que más arriba hemos señalado. Ahora bien, si la motivación en la creación del puesto no es lo suficientemente clara en la expresión de las funciones concretas que el mismo está llamado a desempeñar, el control de tales extremos se hace inviable, razón por la cual lo que en principio puede ser una mera infracción de legalidad ordinaria (la falta o insuficiencia de motivación, art. 54 Ley 30/1992) adquiere rango de infracción constitucional al hacer inviable el control ya mencionado. Esta obligación de detalle también se refuerza si se observa cómo el art. 12 del Ley 7/2007, de 12 abril, del Estatuto Básico del Empleado Público menciona que estos puestos 'solo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial', luego hay que detallar las funciones, hay que describirlas, hay que calificarlas como de esa naturaleza y, por último, hay que atribuir solo esas funciones". También destaca lo positivo de esta línea jurisprudencial Fernández Ramos (2013: apdo. V.4).

cada corporación determinar esos extremos y lo debe hacer en un momento concreto, al comienzo de su mandato. No obstante, estas determinaciones podrán modificarse con motivo de la aprobación de los presupuestos anuales, pero solo en el marco de esa aprobación y no en cualquier otro procedimiento.

A estas exigencias, se añade la de publicidad del nombramiento, régimen de retribuciones y dedicación del personal eventual que contiene, en un laudable ejercicio de transparencia, el artículo 102.4 de la LBRL[33] y que se refuerza por la obligación, tal vez excesiva, de publicar semestralmente el número de puestos de personal eventual[34] e informar al pleno trimestralmente sobre el cumplimiento de las limitaciones al personal eventual[35].

Sin embargo, a estas exigencias formales se añaden hoy límites cualitativos muy importantes que fueron introducidos por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, en el artículo 104 bis de la LBRL, y que, en parte, continúan vigentes tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 54/2017, de 11 de mayo de 2017.

En concreto, el número de empleados eventuales que cada ayuntamiento, diputación, cabildo o consejo insular puede nombrar debe estar en relación con el número de habitantes de su respectiva circunscripción[36].

Para los ayuntamientos el rango va desde la prohibición de tener personal eventual en los municipios de menos de 2000 habitantes hasta un número de eventuales que puede llegar al 0.7 % de los puestos de trabajo de la plantilla total de la corporación, cuando el número de habitantes supere los 500 000,

33. Precepto que dispone lo siguiente: "Los nombramientos de funcionarios de empleo, el régimen de sus retribuciones y su dedicación se publicarán en el 'Boletín Oficial' de la Provincia y, en su caso, en el propio de la Corporación".

34. Así lo dispone el artículo 104 bis.5 de la LBRL: "Las Corporaciones locales publicarán semestralmente en su sede electrónica y en el Boletín Oficial de la Provincia o, en su caso, de la Comunidad Autónoma uniprovincial el número de los puestos de trabajo reservados a personal eventual".

35. En tal sentido el artículo 104 bis.6 de la LBRL: "El Presidente de la Entidad Local informará al Pleno con carácter trimestral del cumplimiento de lo previsto en este artículo".

36. Paradójicamente, como resultado de la Sentencia del Tribunal Constitucional 54/2017, de 11 de mayo de 2017, hoy el resto de las entidades locales han pasado de no tener la posibilidad de nombrar personal eventual a no tener límite legal de carácter básico. La argumentación del Tribunal fue la siguiente [fundamento jurídico 4.b) *in fine*]: "La prohibición de que 'el resto de Entidades Locales o de sus organismos dependientes' cuente con personal eventual se inserta en un ámbito donde el alcance de la legislación básica debe ser más limitado, no solo por referirse a cuestiones de organización local, sino también por afectar a 'entidades locales no necesarias o contingentes' (p. ej., comarcas). Estas entidades están dotadas de 'un fuerte grado de interiorización autonómica', sin que les alcance directamente la garantía constitucional de la autonomía municipal (art. 140 CE), provincial (art. 141.2 CE) e insular (art. 141.4 CE) [STC 214/1989, FFJJ 4 b) y 15 a) y, últimamente, STC 41/2016, FJ 5]. Estos entes 'entran en cuanto a su propia existencia en el ámbito de disponibilidad de las Comunidades Autónomas que dispongan de la correspondiente competencia' [SSTC 214/1989, FJ 4 b), y 41/2016, FJ 5]".

más una cantidad adicional de eventuales si el municipio se integra en un área metropolitana como municipio de mayor población.

Es una limitación tan necesaria como generosa[37] y que tal vez debería ser objeto de un análisis más fino para evitar que a nivel local se reproduzca la estructura propia de las Administraciones de las comunidades autónomas y de la Administración del Estado, donde, al tener un perfil político mucho más acusado, en el que es preciso el enlace entre la labor ejecutiva y la parlamentaria, tiene más sentido la existencia de un mayor número de eventuales.

Una cuestión abierta y poco clara en la actual configuración legal, y máxime tras la declaración de nulidad del artículo 104 bis.3 de la LBRL[38] por la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 54/2017, de 11 de mayo de 2017, es a qué "autoridades" puede llegar a servir el personal eventual.

Al respecto, es obvio que debe tratarse de órganos de perfil político y no cabría en ningún caso la asignación de personal eventual a órganos puramente burocráticos o profesionales, como podría ser el personal directivo. No obstante, por el hecho de que ya no se restringe el nombramiento a los servicios generales de la corporación, y no se hace para permitir un margen de desarrollo más amplio a la normativa local de las comunidades autónomas, es difícil fijar con carácter general qué autoridades pueden contar con el apoyo de este personal eventual.

En la práctica actual se entienden por autoridad a estos efectos los órganos decisorios superiores de cada nivel de la Administración local, y se extiende, además, esta interpretación incluyendo en el caso del pleno no solo al órgano en su conjunto, sino a los grupos políticos en los que se organiza el pleno, en cuanto se entiende que son órganos del mismo. En definitiva, en los municipios de régimen común[39] esta interpretación[40] lleva a afirmar la posibilidad de que los empleados eventuales presten servicios a los siguientes órganos:

37. Sánchez Morón (2019: 89) destaca, con razón, que "son puestos aun excesivos, que se han fijado teniendo en cuenta los que ya existían en las mayores entidades locales".

38. Dicho artículo, declarado nulo, pretendía disponer lo siguiente: "El personal eventual al que se refieren los apartados anteriores tendrá que asignarse siempre a los servicios generales de las Entidades Locales en cuya plantilla aparezca consignado. Solo excepcionalmente podrán asignarse, con carácter funcional, a otros de los servicios o departamentos de la estructura propia de la Entidad Local, si así lo reflejare expresamente su reglamento orgánico".

39. En los municipios gobernados por el régimen especial para los municipios de gran población, la posibilidad de contar con personal eventual se extiende, según la interpretación que se expone, también a los coordinadores o directores generales en cuanto cuenten con competencias delegadas del alcalde o de la junta de gobierno. No obstante, entendemos que esa extensión es cuando menos muy problemática desde el momento en el que la designación de estos órganos se hace "atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia", según el artículo 130.3 de la LBRL, lo que hace inasumible que cuenten con personal de asesoramiento o apoyo político.

40. Para esta interpretación, puede consultarse el informe de la Federación Española de Municipios y Provincias titulado: "El personal eventual en las Entidades Locales tras la

i) el alcalde y el pleno (incluidos, según la práctica que aquí vamos a discutir, los grupos políticos en los que el pleno se organice para su funcionamiento);
ii) la junta de gobierno, cuando ejerza competencias delegadas del alcalde o del pleno;
iii) los tenientes de alcalde y los concejales miembros de la junta de gobierno, cuando ejerzan por delegación competencias del alcalde.

Esta práctica, avalada por la opinión cualificada de la Federación Española de Municipios y Provincias[41], es discutible, y ha sido discutida, en cuanto extiende más allá de los órganos de gobierno la posibilidad de contar con personal eventual.

Debe recordarse al respecto que el artículo 12.2 del TREBEP[42] dispone que solo cabe nombrar personal eventual al servicio de los órganos de gobierno y no de otros órganos o unidades distintos, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como ya vimos, insiste en prohibir la interpretación extensiva de los puestos abiertos a este tipo de personal.

En este contexto, algunas salas de lo contencioso-administrativo de tribunales superiores de justicia han sostenido la invalidez del nombramiento de personal eventual a favor de los grupos políticos presentes en el pleno. El *leading case*, al respecto, es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 3 de diciembre de 2012, en el recurso 390/2012[43], que contiene el siguiente razonamiento:

> "Por mucho que forzáramos la interpretación de la norma hasta propiciar su mayor laxitud está claro que no cabe el nombramiento de personal eventual para grupos políticos. Tanto la normativa estatal como la autonómica citadas delimitan y determinan quienes son los órganos de gobierno, y solo ellos, añadimos nosotros, que pueden disponer de este tipo de personal. Evidentemente, y de acuerdo con esa normativa solo pueden disponer de eventuales por determinación legal los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas dentro de las que evidentemente no caben los grupos políticos que a pesar de su peculiar caracterización sin lugar a dudas no son Administración Pública. Más concretamente, en el

aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local", páginas 13 y 14.

41. En las páginas 13 y 14 del informe citado en la nota anterior.

42. Dicho precepto dispone lo siguiente: "Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto determinarán los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas que podrán disponer de este tipo de personal. El número máximo se establecerá por los respectivos órganos de gobierno. Este número y las condiciones retributivas serán públicas".

43. A la que siguió la Sentencia de la misma Sala de 17 de marzo de 2014, en el recurso 224/2010.

ámbito de las Diputaciones Provinciales solo pueden estar destinados y encomendados a los servicios de la Presidencia. Aun cuando pudiera existir una práctica extendida, favorable a que los partidos políticos en el seno de las distintas instituciones donde participan cuenten y dispongan de este tipo de funcionarios, se trata de actuaciones que carecen de respaldo legal, y por consiguiente como contrarias a derecho, deben ser anuladas.

Si la falta de motivación en la creación de puestos de personal eventual, unida a la participación de éstos en funciones que no son de confianza, asesoramiento especial, de dirección ni temporales sino permanentes y normales dentro de la organización administrativa, son causa suficiente para considerar vulnerado el art. 23.2 de la C.E.; en este apartado y con relación a nombramientos sin cobertura legal también debemos considerarlo vulnerado cuando se permite acceder a tales puestos a quienes nunca debieron hacerlo puesto que si grave es un nombramiento arbitrario y desviado para funciones que no son las apropiadas para su cargo, mayor debería serlo cuando a tales vicios se anuda que la creación obedezca al ejercicio de facultades de las que no es que se haga un uso desviado sino en franca confrontación con la ley y para un servicio que no satisface los intereses generales a los que sirve la Administración sino a los singulares y más particulares que representan los partidos políticos".

Razonamiento que ha sido seguido también por algún juzgado de lo contencioso, al menos para negar la posibilidad de que se nombren eventuales a favor de los grupos de la oposición[44] con el argumento, que consideramos forzado, de que los grupos políticos del Gobierno sí configuran un órgano de gobierno.

En nuestra opinión, la práctica de dotar de un cierto apoyo técnico a los grupos políticos no debe merecer de por sí una valoración negativa, en cuanto facilita la participación en la política de todos los ciudadanos, con independencia de sus conocimientos especializados, lo que está en el núcleo duro de la democracia bien entendida, pero es discutible en el actual contexto normativo y debería aclararse en la normativa de régimen local, lo que podría también servir para fijar reglas de reparto equitativas y evitar abusos de la mayorías.

44. Así, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de León, de 29 de enero de 2020, en el recurso 207/2019, con la que no coincidimos, en cuanto entiende que sí cabe el nombramiento de eventuales para el servicio a los grupos políticos en el Gobierno, ya que una cosa es servir a un órgano de gobierno y otra a un partido que está en el Gobierno.

6
Derechos y deberes del personal eventual

6.1
Principio general

Ante la excesiva parquedad de la normativa que rige este tipo de personal, que por su propia extensión cuantitativa debería tener una mayor atención del legislador, tiene especial importancia destacar el principio general que contiene el artículo 12.5 del TREBEP en cuanto dispone que al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera. Esta solución ha quedado, además, particularmente reforzada desde el momento en el que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado aplicable al personal eventual la garantía de no discriminación del personal temporal que contiene la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (en lo sucesivo, Acuerdo marco).

En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2015, en el asunto C-177/14, Regojo Dans, se plantea si el personal eventual entraría dentro del concepto de trabajador con contrato de duración determinada que establece la cláusula 3, apartado 1, del citado Acuerdo marco[45], y llega a la siguiente conclusión:

> "35 Se desprende del tenor de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco que un contrato de trabajo o una relación laboral de duración determinada se caracterizan por el hecho de que el final de dicho contrato de trabajo o de dicha relación laboral 'viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado'. De este modo, debe considerarse que un contrato o una relación de servicio, como la controvertida en el litigio principal, que finaliza automáticamente cuando se produzca el cese de la autoridad para la que se desempeñen las funciones, tiene un plazo cuyo final lo determina 'la producción de un hecho o acontecimiento determinado', en el sentido de dicha cláusula 3, apartado 1.

45. Dicho precepto define al "trabajador con contrato de duración determinada" como "el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado".

36 Por consiguiente, un trabajador que se encuentre en tal situación está incluido en el ámbito de aplicación de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco".

El encuadramiento del personal eventual dentro del Acuerdo marco supone la aplicación a esta figura del principio de no discriminación recogido en el apartado 1 del artículo 4 del Acuerdo marco:

"Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas".

Lo que, en el caso concreto, condujo a que el Tribunal Supremo español reconociese el derecho a los trienios a favor del eventual que había planteado el pleito[46].

Más allá del caso concreto, a partir de estos principios generales el intérprete tiene la tarea, no siempre fácil, de adaptar la normativa prevista para los funcionarios de carrera a este tipo de personal en cuanto no pueda dárseles un trato diferente por razones objetivas derivadas de las características especiales de su selección y de las tareas especiales a las que están destinados[47].

Aunque determinar todas las especialidades y particularidades del régimen jurídico de estos empleados públicos supera con mucho los límites de este trabajo, vamos a tratar de ofrecer algunas notas sobre dos aspectos importantes de dicho régimen que han sido objeto de controversia en la práctica.

6.2 Los derechos retributivos

Como acabamos de ver, la normativa básica estatal de régimen local limita el número de puestos de personal eventual en casi todos los entes locales siguiendo un criterio de población, pero, a diferencia de lo que ocurre con los concejales, que tienen sus retribuciones máximas fijadas en el artículo 75 bis en relación con la población del municipio y con el tope máximo de las retribuciones de un Secretario de Estado (para municipios de más de 500 000

46. En tal sentido, la Sentencia de 21 de enero de 2016 que analiza, con brillantez, Marina Jalvo (2016: 195 y ss.).

47. Coincidimos con Marina Jalvo (2016: 201-202) en que a mayor cercanía de las funciones del personal eventual más aplicable resultará el régimen propio de los funcionarios públicos, lo que obliga a una particular vigilancia de la extensión de las tareas encomendadas al personal eventual.

habitantes), no hay una norma similar que limite las retribuciones del personal eventual, que serán, de conformidad con el artículo 104 de la LBRL, las que cada pleno decida a comienzo de la legislatura, pudiendo modificarlas solo al tiempo de la aprobación de los presupuestos de cada año, debiendo, en todo caso, respetarse el límite cuantitativo a los incrementos que fije para cada ejercicio presupuestario la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

En la práctica de muchas entidades locales y con un buen sentido se limitan estas retribuciones, aplicando la misma regla que la Ley de Presupuestos del Estado suele establecer, asimilando, por lo tanto, las retribuciones de estos empleados públicos a las propias de los grupos funcionariales equivalentes dentro de la corporación[48].

Esta falta de limitación de las retribuciones podría llegar a hacer inútil la limitación cuantitativa prevista en el artículo 104 bis de la LBRL, si se entendiese que el número de eventuales que corresponden a cada corporación lo es a tiempo completo y cabe dividir cada plaza a tiempo completo en varias a tiempo parcial con una dedicación sumada equivalente. Por ello, y para evitar dicho fraude de ley, hay que entender que en el número máximo de eventuales computan todos, con independencia de su régimen de dedicación.

Por último, por aplicación de la garantía de no discriminación prevista en el apartado 1 del artículo 4 del Acuerdo marco, el personal eventual tiene derecho a cobrar trienios por su antigüedad al entenderse que presta servicios en condiciones similares al personal funcionario a estos efectos[49], y es obvio

48. En este sentido, el artículo 23.Cuatro de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2022, siguiendo la estela de otras muchas leyes de presupuestos, establece la siguiente regla para el personal dependiente de la Administración General del Estado al que se aplica la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública:

> "El personal eventual percibirá las retribuciones por sueldo y pagas extraordinarias correspondientes al grupo o subgrupo de clasificación al que el Ministerio de Hacienda y Función Pública asimile sus funciones y las retribuciones complementarias que correspondan al puesto de trabajo, reservado a personal eventual, que desempeñe, siendo de aplicación a este colectivo lo dispuesto en el párrafo B) del apartado uno de este artículo [relativo a la cuantía de las pagas extraordinaria que incluirán sueldo, trienios y complemento de destino].
>
> Los funcionarios de carrera que, en situación de activo o de servicios especiales, ocupen puestos de trabajo reservados a personal eventual percibirán las retribuciones básicas correspondientes a su grupo o subgrupo de clasificación, incluidos trienios, en su caso, y las retribuciones complementarias que correspondan al puesto de trabajo que desempeñen".

49. En tal sentido, la ya citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2015, en el asunto C-177/14, Regojo Dans, señala, en lo que aquí importa –y ruego se disculpe la extensión de la cita, que se entiende oportuna–, lo siguiente:

> "58 El Gobierno español alega que la diferencia de trato controvertida en el litigio principal entre los funcionarios de carrera y el personal eventual está justificada por la existencia de tales razones objetivas. A este respecto subraya, en primer lugar, que al personal eventual se le nombra para desempeñar funciones con carácter temporal. Afirma que la naturaleza particular de las tareas y la especificidad de la función del personal eventual, que consiste en una función de confianza o de asesoramiento especial, no pueden asimilarse a funciones

que en las funciones que prestan estos empleados públicos, aunque sean de asesoramiento especial o de confianza, también se acumula una experiencia que viene a retribuir el trienio.

6.3
Derechos a la representación y a la negociación colectiva

El TREBEP deja claro, en su artículo 44.b), que la condición de electores y elegibles en las elecciones a los órganos de representación corresponde a los funcionarios, condición que el TREBEP no reconoce al personal eventual[50], y,

que encarnen tareas de carácter permanente dentro de la organización administrativa. En segundo lugar, sostiene que el nombramiento y el cese de este personal son libres, en el sentido de que el empleador no está sometido a formalidad alguna en la materia. En tercer lugar, aduce que los puestos reservados a personal eventual tienen carácter excepcional y las personas nombradas en esta condición no prestan servicios de larga duración. Por último, en cuarto lugar, asevera que, toda vez que los trienios controvertidos en el litigio principal son un premio concedido al personal que presta servicios de manera continuada en la Administración y que desempeña en ella cometidos puramente administrativos, sería contradictorio concedérselo al personal eventual, que no responde a estas características.
59 A este respecto, debe señalarse, por un lado, que, aunque incumbe, en principio, al tribunal remitente apreciar si estas alegaciones constituyen razones objetivas, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco, habida cuenta de la jurisprudencia recordada en los apartados 54 a 57 de la presente sentencia la naturaleza no permanente de la relación de servicio del personal eventual no puede considerarse en ningún caso tal razón.
60 Por otro lado, si bien determinadas diferencias relativas al nombramiento de los funcionarios de carrera, a las cualificaciones requeridas y a la naturaleza de las funciones cuya responsabilidad deben asumir pueden, en principio, justificar una diferencia de trato en cuanto a sus condiciones de trabajo (véase, por analogía, la sentencia (Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 78), éste no parece ser el caso en el litigio principal.
61 En efecto, se desprende del propio tenor del artículo 26, apartado 4, párrafo segundo, de la Ley 2/2012 que los funcionarios de carrera que, en situación de activo o de servicios especiales, ocupen puestos de trabajo reservados a personal eventual percibirán los trienios controvertidos en el litigio principal. El que los funcionarios de carrera puedan tener derecho a esos complementos salariales incluso durante el tiempo en que ejerzan los cometidos que corresponden al personal eventual contradice la alegación según la cual la naturaleza particular de las funciones de confianza o de asesoramiento especial que desempeña el personal eventual diferencia a estos dos tipos de personal y justifica una diferencia de trato entre ellos en lo que atañe al abono de dichos complementos salariales.
62 Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera planteadas que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que excluye, sin justificación alguna por razones objetivas, al personal eventual del derecho a percibir los trienios concedidos, en particular, a los funcionarios de carrera, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento salarial, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables, lo que corresponde verificar al tribunal remitente".

50. El personal eventual ya carecía de la condición de elector y elegible bajo la anterior normativa, como destacó, por ejemplo, Boltaina Bosch (2000: 538).

además, que los funcionarios para tener esa condición tienen que estar en servicio activo. Con lo que el personal eventual no goza del derecho a participar en esos órganos de representación ni de elegirlos[51].

No se produce aquí discriminación alguna, porque el trato diferenciado está plenamente justificado, puesto que no tendría sentido que el personal de estricta confianza política de las autoridades que dirigen cada Administración participase en los órganos de representación del personal funcionario frente a dichas autoridades, lo que distorsionaría la función de esos órganos de representación.

Por estas mismas consideraciones se excluye de la condición de electores, en el mismo artículo 44.b) del TREBEP, a "los funcionarios que ocupen puestos cuyo nombramiento se efectúe a través de real decreto o por decreto de los consejos de gobierno de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla".

Por otra parte, ha sido controvertido si las condiciones de trabajo del personal eventual son o no objeto del derecho a la negociación colectiva[52]. Entendemos, sin embargo, que las condiciones de empleo de este personal deben ser objeto de negociación, ya que el artículo 37.1.m) del TREBEP incluye dentro de la negociación, con carácter general, "los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos", y solo excluye expresamente en el artículo 37.2.c) "la determinación de condiciones de trabajo del personal directivo".

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha estimado asimismo que, aunque los eventuales no tienen la consideración de elector ni de elegible, sí que es objeto de negociación colectiva la determinación de sus condiciones de empleo. Así, la Sentencia de dicha Sala de 7 de marzo de 2008, en el recurso 2975/2005, establece lo siguiente:

> "Por otra parte, no puede aceptarse, como sostiene el recurrente, que la Ley 9/1987 deje fuera de su ámbito de aplicación al personal eventual, pues una cosa es que dicho personal no tenga la consideración de elector

51. Con la excepción –habrá que entender– de los eventuales que sean ya funcionarios de la organización y decidan no pasar a la situación de servicios especiales según les permite el artículo 87.1.i) del TREBEP. Dicho artículo establece lo siguiente:

"Los funcionarios de carrera serán declarados en situación de servicios especiales:

[…]

i) Cuando sean designados como personal eventual por ocupar puestos de trabajo con funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento político y no opten por permanecer en la situación de servicio activo".

52. Niega el papel de la negociación colectiva en lo que respecta a este personal, por ejemplo, Fernández Ramos (2013: apdo. V.3).

ni elegible art. 16, y otra que resulte excluido de dicho ámbito, exclusión que solo se produce respecto del personal laboral en el art. 2.1.d.

En este sentido, la Ley 7/2007, de 12 de abril por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, viene a confirmar esta interpretación pues si bien el art. 13.4 excluye de las materias objeto de negociación colectiva la determinación de las condiciones de empleo del personal directivo, no ocurre lo mismo con el personal eventual que, como integrante del concepto de empleado público, tiene entre los derechos que se ejercen colectivamente el de la negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo (art. 15.b)".

No obstante, la propia Sentencia, que aplica la normativa anterior al EBEP *ratione temporis*, niega que sea objeto de negociación el ajuste de las retribuciones de algunos puestos de personal eventual como consecuencia de su homologación con otros puestos correspondientes funcionalmente de la estructura municipal.

La prudencia aconseja, sin embargo, dados los términos inequívocos del TREBEP, que solo deja fuera de la negociación las condiciones del personal directivo, someter a negociación las decisiones que afecten a las circunstancias de trabajo del personal eventual, sobre todo en la medida en que las mismas repercuten sobre el resto de los empleados de la organización. Es este aspecto "colectivo" el que hay que destacar, no es que los eventuales negocien su estatus, sino que serán los sindicatos y demás colectivos habilitados los que podrán negociar esas condiciones en el contexto del conjunto de la organización.

7
Una reflexión final

El análisis de la figura del personal eventual, particularmente en el ámbito de las entidades locales, debe abandonar los planteamientos maximalistas que parten de un rechazo radical de un tipo de personal que, con una adecuada regulación, puede cumplir una función legítima desde un punto de vista constitucional y evitar que el personal funcionario se tenga que implicar en tareas que, teniendo un trasfondo técnico, podrían comprometer su objetividad y neutralidad política.

Los problemas que plantea hoy esta figura hay que buscarlos, en nuestra opinión, en un régimen jurídico demasiado parco, sobre todo en lo que se refiere a la definición adecuada de sus funciones, en lo "generoso" de los

escasos límites al número de este personal[53], en la ausencia de una obligación general de adecuación de sus retribuciones a criterios similares a los del personal funcionario, y en la necesidad de aclarar que, aunque la determinación de los puestos reservados a este personal y la elección de quienes los van a ocupar son potestades otorgadas con una amplísimo margen de discrecionalidad, sí requieren una mínima fundamentación para permitir la valoración del interés público al que también estos empleados públicos deben servir.

8
Bibliografía

Boltaina Bosch, X. (2000). El personal eventual al servicio de la Administración pública. En AA. VV. *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (vol. I, pp. 511 y ss.). Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

— (2003). Empleo eventual y función directiva en las Administraciones Locales. *Cunal. Revista de estudios locales*, extra-1, 9 y ss.

Fernández Ramos, S. (2013). Los falsos empleados públicos: el personal eventual. *Revista General de Derecho Administrativo*, 34.

Garrido Cuenca, N. M.ª y Delgado Piqueras, F. (2015). Las funciones del personal eventual en la jurisprudencia. *Revista catalana de dret públic*, 51.

Hoogenboom, A. A. (1961). *Outlawing the Spoils: A History of the Civil Service Reform Movement*, 1865-1883. University of Illinois Press.

Marina Jalvo, B. (2016). El derecho del personal eventual a percibir trienios. Comentarios a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2015 y de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2016. *Revista de Administración Pública*, 201, 179 y ss.

53. Con plena razón, Fernández Ramos (2013: apdo. VIII) señala, al respecto, lo siguiente: "nadie cuestiona la conveniencia de que los altos cargos de naturaleza política dispongan del apoyo de un (muy) reducido grupo de personas de su confianza personal y/o política, que conforman el colectivo de empleados públicos denominado 'personal eventual'. No obstante, preocupa seriamente el abuso de esta figura en determinadas Administraciones, sobre todo locales, y la confusión que arroja en la opinión pública sobre los empleados públicos profesionales (funcionarios y laborales)".

Martín-Retortillo Baquer, L. (2000). *Méritos o Botín*. Aranzadi, Elcano.

Muñoz Llinás, J. I. (2019). *La función pública en España: 1827-2007*. Madrid: BOE.

Sánchez Morón, M. (2019). *Derecho de la función pública* (12.ª edic.). Madrid: Tecnos.

Serrano Pascual, A. (2010). *El personal de confianza política en las entidades locales. La libre designación, el personal eventual y los directivos*. Madrid: La Ley.

La dirección pública profesional en los Gobiernos locales. Marco general y análisis de dos regulaciones autonómicas: Euskadi y Cataluña

Rafael Jiménez Asensio

Consultor Administraciones Públicas/Catedrático de Universidad (acreditado)
www.rafaeljimenezasensio.com

1. **Introducción**
2. **Un marco jurídico básico de baja calidad normativa**
3. **La regulación de la dirección pública profesional en la Ley 2/2016, de Instituciones Locales de Euskadi: notas generales**
4. **La STS de 17 de diciembre de 2019 sobre el Reglamento Orgánico de la Diputación de Cáceres y su regulación del personal directivo: consecuencias aplicativas sobre las potestades de autoorganización de los Gobiernos locales**
5. **La solución legislativa diseñada por el Parlamento de Cataluña para amortiguar los efectos de la STS de 17 de diciembre de 2019 en materia de personal directivo local**
6. **Conclusiones**
7. **Bibliografía**

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto analizar cuáles son los elementos esenciales del régimen jurídico del personal directivo profesional de las entidades locales, de acuerdo con el desarrollo normativo que se ha hecho de esa figura tanto en la legislación básica como,

Artículo recibido el 13/09/2022; aceptado el 21/09/2022.

en particular, en algunas comunidades autónomas (en concreto, en Cataluña y Euskadi), donde se ha establecido una normativa propia que afronta esta cuestión en el ámbito local de gobierno. Especial importancia tiene en este proceso (por lo que afecta a la regulación catalana) la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2019. Las diferencias entre tales regulaciones normativas, aun ofreciendo algunos elementos comunes, son notables; y se deben en especial a la distinta intensidad reguladora de tal materia, pero también a aspectos materiales como la mayor o menor aplicación de sus previsiones en uno y otro caso.

Palabras clave: *dirección pública profesional; función pública; Administración local; organización.*

Professional public management in local governments. General framework and analysis of two Autonomous Communities' regulations: Euskadi and Catalonia

Abstract

This article analyzes the essential elements of the legal framework of professional public management of local governments, considering state basic legislation and some Communities Autonomous regulations (Catalonia and Euskadi), where specific proposals have been made in that regard. The Spanish Supreme Court judgment of December 17 of 2019 has had a special impact on that field, particularly for the Catalan regulation. The differences between such regulatory proposals, although offering some common elements, are relevant; and they are explained because of the different regulatory intensity of such matter, but also due to substantial aspects such as the greater or lesser application of the those regulatory provisions in each case.

Keywords: professional public management; civil service; local governments; organization.

1
Introducción

Este artículo tiene por objeto analizar los elementos esenciales del régimen jurídico del personal directivo profesional de las entidades locales. En especial, se hará mención a dos marcos normativos que se despliegan sobre el personal directivo local, como son el aprobado por la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi, y el concretado en la normativa catalana tras la reforma del artículo 306 TRLMRLC[1]. La razón de examinar únicamente estas dos regulaciones obedece, como se reitera en el presente artículo, a que son dos marcos normativos locales que abordan, con distinta intensidad y en diferentes momentos, la dirección pública en el respectivo ámbito local de gobierno. Es cierto que en algunas leyes autonómicas de función pública, como también se reconoce en el texto, también se regula el personal directivo profesional, haciéndose extensiva tal aplicación a las entidades locales; pero, en este caso, la dirección pública local pierde sus perfiles propios y se desdibuja en un marco normativo cuyo hilo conductor principal es la alta función pública de las Administraciones autonómicas. Parece, por tanto, razonable que, sin perjuicio de reconocer la potestad normativa local en esta materia y su propia potestad de autoorganización, sean también las leyes de gobierno local las que aborden las líneas maestras de la regulación primaria de tal institución.

Obviamente, analizar el problema descrito comporta remontarse en el tiempo al marco normativo que dio origen a esas expresiones legislativas y, en particular, a la reacción que supuso la controvertida sentencia del Tribunal Supremo 1829/2019, de 17 de diciembre de 2019, que fue la causa principal de que en el artículo 102 de la Ley 5/2020 del Parlamento de Cataluña se incorporara la citada reforma[2]. La ley vasca (aunque anterior al pronunciamiento citado del Tribunal Supremo) servía de paraguas para que los Gobiernos locales se dotaran de las estructuras directivas; sin embargo, la paradoja consiste en que, disponiendo de las exigencias que la STS de 17 de diciembre de 2019 establecía, la concreción fáctica o la aplicabilidad efectiva de ese marco normativo regulador del personal directivo local ha sido más bien tibia o prácticamente inexistente; mientras que en el caso de Cataluña la tradición

1. Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña.
2. Ley 5/2020, de 29 de abril, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público y de creación del impuesto sobre las instalaciones que inciden en el medio ambiente. Ver: STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de diciembre de 2019 (Diputación de Cáceres: modificación del Reglamento Orgánico).

de sus municipios, al menos los de mayor población, ha sido la de mantener estructuras gerenciales, si bien es cierto que cubiertas por el sistema de personal eventual, que era la figura recogida en el artículo 306 TRLMRLC antes de la reforma.

La conmoción que produjo esa sentencia en el ámbito local fue obvia, y conviene analizar con cierto detalle cuál fue su hilo argumental, que dio pie a tan polémico fallo, así como aceleró el cambio normativo objeto de estas páginas. Con carácter previo (o en paralelo) se produjo una importante contribución doctrinal del profesor Joan Mauri[3], y que en cierta medida representaba una propuesta normativa de adaptación (aunque limitada al personal directivo de las diputaciones) que, no obstante, la regulación normativa catalana no siguió, ya que fue mucho más limitada en su alcance que la propuesta allí contenida. Como esa regulación del artículo 306 TRLMRLC es objeto de análisis detenido en estas páginas, no se entrará ahora en mayores detalles. Cabe remitirse a lo que después se recoge.

Anteriormente a la reforma del TRLMRLC, ya se habían producido algunas modificaciones normativas que impulsaban la institucionalización de la dirección pública profesional en las entidades locales, como fue el caso, según se ha dicho, de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi, a la que se dedicará un epígrafe del presente estudio; pero que, frente a su carácter ciertamente avanzado en el plano del diseño normativo (aunque con algunos puntos críticos, según se objetará), lo cierto es que, ante la ausencia de tradición gerencial en el ámbito local de Euskadi, apenas ninguna entidad local ha promovido tal figura. No deja de ser curioso que, frente al desarrollo del modelo gerencial en el ámbito local de gobierno de Cataluña, en Euskadi la cultura institucional local no haya apostado prácticamente por la implantación de ese modelo de profesionalización de las estructuras directivas municipales, teniendo además un marco normativo que lo facilitaba. El peso de un modelo organizativo dicotómico, que pivota entre los equipos de gobierno de naturaleza política, que muestran un desinterés y una incomprensión constantes por la profesionalización de las estructuras directivas y la estructura burocrática local, liderada por los funcionarios con habilitación de carácter nacional (como en la mayor parte de las entidades locales españolas, salvo singulares excepciones), que reencarnan una visión normalmente sustitutiva de la dirección pública profesional como tercer espacio, parece ser la explicación más cabal a esa falta de desarrollo aplicativo de la citada ley.

Por consiguiente, la comunidad autónoma que tenía un marco normativo más idóneo para el desarrollo institucional del personal directivo profesional,

3. Ver: Mauri Majós (2020).

como era el caso del País Vasco, no ha hecho uso de tales palancas de cambio; y la que disponía de mayor cultura gerencial local, si bien basada en un modelo de confianza política, como era Cataluña, ha tenido que realizar una reforma legal para poder redefinir el modelo institucional de conformidad con las exigencias establecidas en el artículo 13 TREBEP[4] y, más concretamente, como consecuencia del citado pronunciamiento del Tribunal Supremo.

El problema que suscitaba el personal directivo local con estatuto de personal eventual en las entidades locales catalanas ha desaparecido, por tanto, de la escena normativa tras la modificación del artículo 306 del reiterado TRLMRLC. Así, a partir de ese nuevo marco normativo, si es que existiera alguna duda anterior sobre su vigencia y aplicabilidad, las normas básicas o autonómicas que a tal figura se referían han perdido todo tipo de efectividad o han sido completamente modificadas. Sin embargo, la cuestión dista, al menos formalmente, de ser pacífica, sobre todo porque la legislación catalana vigente en materia de comarcas prevé expresamente la figura del personal eventual para la cobertura de la gerencia comarcal[5]. Ciertamente, en esa regulación ya se pueden intuir algunos problemas aplicativos: por un lado, de competencias; por otro, de fuentes del derecho; y, en fin, también de carácter organizativo o institucional, que no pueden ser tratados en estas páginas.

Hay, asimismo, algunas comunidades autónomas que sí adaptaron su legislación de función pública al EBEP, y, en consecuencia, cabía prever que también regularían el personal directivo profesional en su aplicación al ámbito local. Pero eso lo han hecho en algunos casos (extendiendo su ámbito de aplicación también al personal de las entidades locales, si bien sin especificar en qué medida esas normas se han de adaptar al sistema local de gobierno), mientras que en otros casos las leyes autonómicas han optado por no extender la aplicabilidad de las normas relativas al personal directivo a las entidades locales (o así cabe interpretar de su contenido), ya sea en sí mismo o porque la ley solo es aplicable al personal propio de la Administración de la comunidad autónoma y de su sector público. Pero en este trabajo no se pretende tampoco analizar ese marco normativo autonómico de función pública, sino particularmente dos leyes autonómicas de "régimen local" que abordan el fenómeno del personal directivo local como un desarrollo o una aplicación de las previsiones recogidas en el artículo 13 TREBEP, aunque no siempre se haga mención a tal precepto normativo como base de la regulación analizada.

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

5. Ver: título III del Decreto Legislativo 4/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de organización comarcal de Cataluña.

El tema de los directivos públicos de las entidades locales recobra, además, un brío especial también en lo que afecta a la gestión de los fondos NGEU y a la hipotética creación, en su caso, de estructuras de proyecto para la ejecución de fondos, dado que algunas disposiciones normativas excepcionales de comunidades autónomas han creado, junto a las estructuras de proyectos de gestión de fondos, niveles directivos de carácter temporal impregnados de un cierto tamiz de profesionalización, que realmente no es tal[6]. Esta cuestión, de cierta contingencia, abre, sin embargo, un campo de actuación que la normativa local catalana aún no ha recogido en lo que a aplicación de esa figura a los Gobiernos locales respecta, como es la creación de estructuras directivas de misión, proyecto o programa, que sí estaban previstas expresamente en el artículo 36.5, letra c), de la Ley de Instituciones Locales de Euskadi[7], donde se recoge la figura del personal directivo por programas, lo que significó una auténtica novedad normativa tampoco explorada en la práctica. Lo habitual en estos casos es que la legislación y normativa autonómica aprobada en materia de gestión de fondos *Next Generation EU* limite la aplicabilidad de sus previsiones de personal o de recursos humanos a la Administración autonómica y a las entidades de su sector público, sin hacer extensivas tales previsiones a los entes locales.

2
Un marco jurídico básico de baja calidad normativa

Mucho costó insertar en la normativa básica el personal directivo por lo que afecta a las entidades locales. A las puntuales referencias que hizo el artículo 176.3 TRRL[8], que vinculaba la figura del personal directivo con el personal eventual en el ámbito local, con precedentes en normativa anterior, siguió una larga etapa en la que la dirección pública fue preterida de las normas y olvidada completamente, como si realmente no existieran tales figuras directivas en las entidades locales, algo que era falso y que la realidad cotidiana siempre desmentía. Otra cosa era cómo se articulaba esa dirección pública en cada caso, donde el abanico de opciones era abierto.

6. Ley 5/2020, de 29 de abril, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público y de creación del impuesto sobre las instalaciones que inciden en el medio ambiente (comúnmente conocidas este tipo de leyes como “de acompañamiento a los Presupuestos Generales”).
7. Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (LILE).
8. Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

La LMRFP de 1984[9], solo hizo una mención tangencial al personal directivo cuando regulaba los sistemas de provisión de puestos de la función pública y más concretamente la libre designación, pero tal regulación no tenía el carácter de básica. Así las cosas, la normativa básica vivía de espaldas a la realidad que comportaba la necesidad objetiva de que las Administraciones públicas locales identificaran en sus estructuras determinados puestos de trabajo que tuvieran la condición de directivos. Ante el marco normativo tan evanescente que entonces existía, no pocas entidades locales optaron por encuadrar tales niveles directivos como personal eventual o, en su defecto, cubrirlos por medio del sistema de libre designación entre funcionarios. En algunas Administraciones públicas se echó mano también de la figura del personal de alta dirección, un régimen especial de relaciones laborales que tiene complejo encaje en las estructuras orgánicas de las Administraciones públicas, sobre todo si tienen atribuidas funciones de autoridad o potestades públicas, siendo su campo de acción natural las entidades instrumentales del sector público local, especialmente las de carácter empresarial o funcionarial.

Ante ese estado de indeterminación normativa, en la mayor parte de las entidades locales se desarrolló la inserción de la función directiva local a través de la figura de funcionarios designados por libre designación, por medio del personal laboral de alta dirección o, en su mayor parte, a través de la discutida figura del personal eventual, cuyo perfil normativo, dadas las funciones que desempeña (confianza y asesoramiento especial), está diametralmente alejado de una función directiva que, por la naturaleza de las cosas, desempeña en las estructuras gubernamentales funciones que acarrean, por lo común, el ejercicio de potestades públicas[10]. En el caso de Cataluña, como se ha dicho, tal personal directivo eventual encontraba su anclaje normativo explícito en las previsiones del artículo 306 TRLMRLC y en el Reglamento de personal de las Administraciones locales aprobado en su día por la Generalitat de Cataluña[11].

El panorama normativo cambió de rumbo tras la entrada en vigor del EBEP en 2007. Previamente, el Informe de la Comisión "Sánchez Morón" para la elaboración del tal EBEP, ya había introducido tímidamente la necesidad de regular dentro de la normativa básica la figura del personal directivo

9. Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (LMRFP).
10. Ver: Jiménez Asensio (2009).
11. Decreto 214/1990, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del personal al servicio de las entidades locales.

profesional[12]. Sus propuestas en esta materia no fueron, sin embargo, demasiado precisas; pero el dibujo inicial pudiera haber sido interesante si no se hubiesen difuminado más aún sus contornos en su traslación definitiva al proyecto de ley, puesto que durante la redacción del mismo y, más concretamente, en su tramitación parlamentaria, se introdujeron algunas enmiendas que terminaron por desdibujar e incluso dejar prácticamente inactiva la figura. Y una de ellas, de particular inconsistencia conceptual, consistió en la desafortunadísima redacción del primer párrafo del artículo 13 del EBEP, al que luego se hará referencia.

Efectivamente, la regulación de la figura del personal directivo profesional en el EBEP estuvo plagada de imprecisiones, de fallos conceptuales y de ambigüedades, que dificultaban mucho su plena aplicabilidad, a lo que se añadía un desinterés absoluto de la clase política en los diferentes niveles de Gobierno por aplicar tales presupuestos normativos en su propia organización. La conjunción de una mala regulación con un marcado desinterés político produjo el fenómeno que conocemos: la dirección pública profesional, uno de los ejes o palancas de la reforma del empleo público auspiciada por el EBEP, se puede constatar que, tras más de quince años de vigencia, ha resultado un rotundo fracaso. Nada apenas ha cambiado, y lo poco que se ha hecho ha ido dirigido a edulcorar la figura y hacerle perder el fuerte sentido institucional y transformador que tenía. Y la Administración local, aunque se han explorado puntualmente soluciones institucionales variopintas, no ha sido ninguna excepción a la regla general. El desuso de la figura de la dirección pública profesional, unas veces motivado por su baja calidad regulatoria en la normativa básica, otras por la falta de desarrollo normativo y, las más, por absoluta dejadez o incomprensión de cuáles son su alcance y su campo real de juego, ha sido una constante.

Su regulación básica es ya muy conocida, por lo que nos limitaremos a poner de relieve los puntos críticos más evidentes de ese marco normativo, de acuerdo con lo que se ha expuesto anteriormente en numerosos trabajos y contribuciones. Y tales puntos críticos son los siguientes:

a) Es un error conceptual regular la dirección pública profesional como una estructura exclusiva de la función pública o del empleo público. La dirección pública tiene una dimensión prioritariamente organizativa. Encuadrarla en un marco básico del empleo público limita su potencialidad y reduce su radio de acción al personal funcionario o laboral al servicio de las Adminis-

12. Ver: INAP (2005). Recientemente, otro Informe diagnóstico sobre reformas de la Administración General del Estado ha incidido en la necesidad de institucionalizar la función directiva (Grupo de análisis y propuesta de reformas en la Administración Pública, 2021).

traciones públicas (lo que la transforma en una figura que puede ser calificada como endogámica, en cuanto que solo se nutriría de personal que tenga previamente la condición de empleado público, y, por tanto, solo aplicable a puestos de trabajo que se puedan cubrir, inicialmente, por este tipo de personal). Quedan fuera, por tanto, estructuras directivas de primer nivel o las que viven epidérmicamente más en contacto con la política y que, por una traslación no siempre afortunada, se han caracterizado también en el mundo local como "altos cargos o asimilados"[13].

b) Con esa limitación de alcance (pues una ley de función pública no puede regular lo que está extramuros de esa institución), parece obvio deducir que la regulación del personal directivo profesional que llevó a cabo el TREBEP tenía como objeto, nunca confesado expresamente, ofrecer una alternativa al procedimiento de libre designación en la cobertura de puestos directivos de las Administraciones públicas que estuvieran reservados a funcionarios públicos. De hecho, el artículo 80 TREBEP, cuando regula la libre designación, no hace referencia alguna a puestos directivos, mientras que en su aplicación a la Administración General del Estado (AGE, en lo sucesivo) sí lo hacía el artículo 20.1 b), segundo párrafo, de la LMRFP, aunque no tenía carácter básico. Ello conduce derechamente a que algunas reformas del empleo público que han desarrollado las comunidades autónomas y un anteproyecto de ley de función pública de la AGE (que vio la luz y luego desapareció del portal del Ministerio) hayan limitado la dirección pública profesional a la provisión de puestos directivos de la función pública como son los de subdirección general y asimilados. La alta administración no entra, por tanto, en esa regulación, pues tales niveles orgánicos se sitúan en el marco de la difusa y ampliamente utilizada categoría denominada de "altos cargos" (espacio natural, por tanto, de designación y cese discrecional por la política sin apenas exigencias previas); pero es que, además, aunque hubiese sido su voluntad, tampoco esa ley podía entrar a profesionalizar tales estructuras directivas, pues la ley es de empleo público, y los niveles directivos superiores a las subdirecciones generales no se regulan en la normativa de función pública (ni entran, por lo común, salvo sorprendentemente en la Administración local, dentro de la rejilla de niveles de complemento de destino de los diferentes puestos de trabajo), sino en las leyes de organización de la Administración pública correspondiente[14].

13. Ver, por ejemplo, título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

14. Por ejemplo, en la Ley 3/2015 y en la Ley 40/2015, por lo que a la AGE respecta. Hay una tendencia general a incluir dentro de la rejilla de niveles de complemento de destino de la función pública al personal directivo de los entes locales, lo cual solo se puede explicar

c) Ese esquema inicial tenía sus fisuras. La primera es que el marco normativo básico (así como las leyes autonómicas de desarrollo) se ocupaba del empleo público y no de función pública en sentido estricto, y llevó a cabo, por tanto, una regulación mestiza al reconocer que el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se encuadraba también dentro de esa nueva institución bastarda que, hoy en día, se llama empleo público; un marco global que parece haber enviado la tradicional institución de función pública al desván de los trastos viejos, con trascendentales consecuencias que ahora no se pueden explicitar. Y, por consiguiente, a partir de ese nuevo marco normativo, se derivó que el personal directivo profesional no solo tendría vínculo funcionarial, sino que también se podría vincular a la Administración en condición de personal laboral (personal laboral ordinario o de alta dirección). La idea era que, asimismo, este personal tuviese recorrido de progresión en sus propias Administraciones públicas, aunque en puestos de trabajo directivos en los que no se ejercieran funciones de autoridad. Pero ello, a su vez, abría la puerta a incorporar también a la dirección pública a personas que no tuvieran vínculo jurídico previo con la Administración, y, por tanto, se facilitaba así el acceso de personal externo a puestos de responsabilidad directiva, también en la Administración local. Consecuencia de esa primera fisura, venía la segunda: el error de diseño normativo era clamoroso, pues se confundía lo que eran puestos de trabajo de carácter orgánico o niveles directivos de la estructura con régimen jurídico de quienes a ellos accedían, rompiendo el esquema tradicional de que los niveles directivos, una vez nombrada la persona para su ejercicio, se desligan de si quien accede a ellos es funcionario o personal laboral al servicio de las Administraciones públicas o externo a estas, pues es el nombramiento el que otorga o inviste al designado de las funciones propias para el ejercicio del cargo. Es lo que sucede, por ejemplo, en las Administraciones del Estado y de las comunidades autónomas en lo que respecta a los órganos directivos que se encuadran como altos órganos; pero es, asimismo, lo que sucede en la regulación de los órganos directivos de los municipios de gran población, y también en las diputaciones forales, en los consejos insulares y ahora en los cabildos. Esta última solución normativa es independiente, por tanto, de que tales puestos orgánicos se reserven en su

ante la ausencia de un marco legal que regule la alta administración en el espacio local de gobierno. Pero esa restricción normativa induce a una evidente confusión de espacios entre lo que es la función pública y lo que representa el personal directivo local. Tal vez, ello venga también motivado porque el personal FHN (funcionarios con habilitación de carácter nacional) es el que cubre las funciones directivas en algunos ayuntamientos, acumuladamente a sus funciones reservadas, y dispone, por lo común, de los niveles de complemento de destino más altos de la horquilla (30), lo que sitúa al personal directivo en situación de homogeneidad de niveles (30) o, con mayor frecuencia, en niveles inferiores (29 o 28).

provisión preferentemente a funcionarios públicos, porque se admiten excepciones, y la persona externa que los cubre queda investida así, tras el acto de nombramiento, para el ejercicio de funciones de autoridad derivadas del nivel orgánico que desempeñe. La pregunta es obvia: ¿Por qué ese modelo no se ha trasladado a los municipios de régimen común o a las diputaciones provinciales o restantes entidades locales más allá de las descritas? Y la respuesta a tal cuestión no es sencilla, pero mucho tiene que ver con el limitado desarrollo del régimen organizativo local, que siempre ha estado muy condicionado por sus estrictos límites corporativos (esto es, la organización municipal se despliega principalmente en el ámbito de los órganos políticos, siendo la Administración local de corte vicarial y dificultando sobremanera la emergencia de un tercer espacio directivo que actúe como nexo de contacto entre la política y la administración).

d) En verdad, el problema fundamental de esa descafeinada regulación básica radica en que pone el acento en la dimensión subjetiva del problema (personal directivo profesional) y en el régimen jurídico o la condición previa de quienes acceden a tales puestos de trabajo o niveles directivos, olvidando palmariamente que la dirección pública es un problema esencialmente objetivo y fundamentalmente orgánico, sin perjuicio de que requiera una regulación jurídica que concrete su proceso de institucionalización (régimen jurídico del personal directivo). Este fallo del modelo normativo se extenderá como la pólvora en todos los marcos normativos vigentes, también –como veremos– en el ámbito local de gobierno en Cataluña tras la modificación del artículo 306 TRLMRLC y en el País Vasco en su Ley 2/2016; pero, en general, en todo el ámbito local, salvo en lo que afecta a los municipios de gran población y en Gobiernos locales intermedios atípicos, esto es, aquellos que son distantes del régimen común de las diputaciones provinciales, cuya reconfiguración por el artículo 32 bis LBRL cayó en las mismas contradicciones que aquí se denuncian[15]. Pero es que, además, como siempre sucede en estos casos, el legislador básico no estaba pensando en el mundo local, sino en las Administraciones de otros niveles de Gobierno (como hizo de hecho al trasladar los órganos directivos a los municipios de gran población); y, por tanto, previó una desordenada regulación de elementos que debía recoger la dirección pública profesional, plasmándose su desarrollo por decreto, fuera este estatal o autonómico, olvidándose –intencionada o descuidadamente– de las potestades normativas locales anudadas al principio de autonomía y del inevitable trasunto o la estrecha relación de ese ámbito regulatorio con las po-

15. En la redacción dada a este precepto por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

testades de autoorganización. No parecía muy afortunado prever, como luego se incidirá, que la regulación del personal directivo de un Gobierno local con autonomía garantizada constitucionalmente pudiera ser determinada por la manifestación normativa reglamentaria de otro nivel de Gobierno, interfiriendo o castrando, incluso, sus potestades de autoorganización (aunque existiese el desgraciado precedente de la STC 214/1989, en lo que al condicionamiento material del Reglamento Orgánico respecta)[16]. Esa pretendida reserva a reglamento estatal o autonómico para regular tal materia esencialmente autoorganizativa era claramente inadecuada (entre otras muchas cosas porque en España no existe la reserva a reglamento, así como porque regular el régimen jurídico del personal directivo comportaba inmiscuirse en determinados aspectos sujetos a reserva de ley). Y, además, tal reserva se incluyó a última hora en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley del EBEP. Y las razones fueron que se pretendía regular por decreto esa figura por parte del Ministerio impulsor del proyecto de ley (inmediatamente después de la aprobación de la ley), si bien el cese inmediato del ministro titular una vez publicado el EBEP conllevó que nada se regulara y quedó empantanada tal previsión en la norma, estableciendo que su desarrollo se haría por norma reglamentaria estatal o autonómica, con olvido total de las entidades locales. Bien es cierto que esa regulación se podía hacer por ley, que era idóneamente la fuente del derecho llamada a regular esencialmente aquellos aspectos del régimen jurídico del personal directivo local que requiriesen ser abordados por una disposición normativa de tal rango, en particular en aquellos ámbitos materiales en los que existía una reserva formal o material de ley (por ejemplo, en materia de situaciones administrativas o de incompatibilidades).

e) Pero esa mala regulación denotaba dos cosas: una, que el legislador básico pensaba solo en la Administración General del Estado y en las comunidades autónomas; y dos, que la dirección pública local quedaba, según una interpretación literal errónea (que es la que adoptó la polémica STS de 17 de diciembre de 2019), totalmente condicionada a la obligatoria regulación primaria por parte del Gobierno del Estado (estirando, si era necesario, sus facultades normativas básicas de régimen local) o por medio de decretos de los Gobiernos de las comunidades autónomas (regulando una dirección pública profesional integral de lo autonómico y local en sus propias leyes de función pública o de empleo público aprobadas en desarrollo del TREBEP, admitiendo, así, que se podía hacer, incluso, por decreto). Ello suponía, como luego se advierte, desapoderar a las entidades locales de una potestad inherente al principio de autonomía local como es la de autoorganización. Pero más grave

16. Fundamento jurídico 6 de la STC 214/1989.

aún, implicaba que a las Administraciones "mayores" se les apoderaba para interferir en el núcleo duro de las potestades de autoorganización local y de sus márgenes normativos imponiendo principios y reglas en ese núcleo duro de autoorganización, y prohibiendo, además, algo realmente grave: que ante la inacción del poder normativo estatal o autonómico, actuará subsidiariamente el poder normativo local. Lo veremos con más detalle. En cualquier caso, esa anomia normativa estatal o autonómica encontraba su justificación en que el artículo 13 TREBEP configura esa intervención como potestativa ("podrá"). No hay, por tanto, obligación normativa alguna de crear estructuras directivas profesionales ni tampoco de extenderlas al ámbito local de gobierno. Dicho de otro modo, el fuerte peso del principio dispositivo en el EBEP, como recogió certeramente en su día el profesor Castillo Blanco[17], se extendió también a la figura de los directivos públicos profesionales, en este caso abiertamente: cada Administración pública determinaría si creaba o no ese espacio directivo intermedio entre la política y la burocracia. Sin duda, ese tratamiento diferido era la mejor excusa para que la política no actuara y siguiera, por tanto, haciendo lo mismo que antaño.

f) La regulación básica recogida en el TREBEP era, además, muy confusa, o si se prefiere muy poco precisa. En primer lugar, ese personal directivo profesional se regulaba en el título II relativo al personal al servicio de las Administraciones públicas, pero tampoco se configuraba como una clase de personal. Al recogerse la regulación del personal directivo en esa ley básica de empleo público, parecía acotarse su ámbito de aplicación a los órganos directivos con rango de subdirecciones o asimilados, apenas existentes en el ámbito local de gobierno. El hecho evidente es que, como luego han reiterado otras leyes[18], se ha ido imponiendo un concepto, aplicando un paralelismo un tanto forzado de alto cargo trasladado al ámbito local de gobierno, donde se produce una extraña concentración de cargos representativos y ejecutivos (directivos) de las entidades locales dentro de esa categoría, estos últimos imbuidos del principio de confianza política mediante el procedimiento de libre nombramiento y cese. Solo así se entiende la referencia que se hace en el artículo 87.1 f) del TREBEP cuando prevé que quienes sean nombrados como titulares de órganos directivos municipales se acogerán a la situación administrativa de servicios especiales (referencia expresa a los órganos directivos recogidos en el artículo 130 LBRL, con excepción de los FHN). En ese *totum revolutum* normativo, las previsiones de la legislación básica de régimen local

17. Ver: Castillo Blanco (2009).
18. Por ejemplo, las leyes 19/2013 y 19/2014, de las Cortes Generales y del Parlamento de Cataluña, respectivamente.

tampoco ayudan en una tarea interpretativa sistemática y razonable. Pero esta reflexión nos llevaría muy lejos y nos sacaría del terreno de juego en el que se pretende desenvolver este trabajo.

g) En el régimen jurídico básico de la dirección pública profesional (realmente, del personal directivo profesional) las ambigüedades siguen estando muy presentes, pues en verdad no se trata –como el propio artículo 13 TREBEP expone– de establecer reglas, sino de fijar principios. Y adviértase que se habla de "designación", no realmente de provisión de puestos de trabajo o de procedimiento de selección. El lenguaje jurídico no es neutro. En realidad, como se advertía, es una suerte de procedimiento sustitutivo (de carácter potestativo o dispositivo) que cada Administración pública podrá o no impulsar de acuerdo con las reglas que definan su estatuto jurídico, que deben ser fijadas por reglamento estatal o autonómico, lo que obviamente no impide en ningún caso que lo puedan ser por ley. Siempre hemos defendido que, dentro del principio de autonomía local y de las potestades normativas y de autoorganización, las entidades locales podían regular esta materia, sin perjuicio de que si la regulaban *a posteriori* el Estado o las comunidades autónomas pudiera verse afectada parcialmente por el efecto de desplazamiento; pues no es habitual, como sucede en el caso de la Ley 2/2016 del País Vasco, que las leyes autonómicas regulen la institucionalización de la dirección pública local. Esa tesis de que las entidades locales podían ejercer en ausencia de ley previa sus potestades normativas de organización para establecer su función directiva, no cuajó en la STS de 17 de diciembre, como se verá, aunque sí recibió el aval de un voto particular suscrito por dos magistrados[19].

h) Por tanto, tras esa doctrina jurisprudencial, el régimen jurídico primario del personal directivo profesional lo deben fijar el legislador básico estatal (si hiciera un uso de esa competencia básica), el legislador autonómico (que parece, sin duda, el más apropiado para establecer un marco normativo común de la dirección pública profesional en las Administraciones autonómicas y locales), en su defecto el poder reglamentario estatal o el poder reglamentario autonómico, y, solo en estos casos, debe ser desarrollado de forma secundaria o derivada por las potestades normativas locales. El margen de configuración que dejaba el artículo 13 TREBEP era ciertamente muy amplio (dado que solo regulaba principios y muy escasas reglas), y todo dependerá del margen de configuración que las leyes autonómicas reguladoras de tal figura dejen a la potestad normativa local. Pero el cierre del modelo, que se asienta formalmente en una atribución indistinta a la ley o al reglamento (estatal o autonómico) para intervenir primariamente en esta materia, puede

19. Suscrito por Pilar del Teso y Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

dejar a las entidades locales en una posición subordinada, particularmente extraña si fuera el poder reglamentario estatal o autonómico el que previera esa regulación primaria, imposible de justificar en aquellos aspectos en los que, material o formalmente, haya una reserva de ley.

i) En todo caso, las notas más significativas de ese régimen jurídico básico del personal directivo profesional son muy conocidas, y se pueden resumir en los siguientes puntos:

1) La definición de la normativa básica de lo que sean funciones directivas es puramente circular, ya que encuadra al personal directivo como aquel que ejerce funciones directivas definidas como tales en las normas específicas de cada Administración pública. Un reenvío a las normas de estructura orgánica de cada nivel de Gobierno y a la organización municipal o de la entidad local que se fije al inicio de cada mandato, así como a las modificaciones que en esas estructuras se hagan a lo largo del mismo. Por tanto, la definición desde otro nivel de Gobierno de cuál sea el personal directivo propio no parece muy afortunada.

2) La designación de tal personal directivo "atenderá" (fíjense qué noción se emplea) al mérito, la capacidad y criterios de idoneidad, estableciendo que esa designación se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y la concurrencia. El paralelismo con el procedimiento de libre designación es obvio. En realidad, en este principio de atender al mérito, la capacidad o la idoneidad de los candidatos, no se halla ninguna referencia a que en tales procedimientos de designación existan sistemas de acreditación de competencias directivas, que justifiquen un proceso de identificación de cuáles sean los perfiles profesionales más adecuados para el ejercicio de tales funciones (como se hizo, según se verá, en la Ley de Instituciones Locales de Euskadi), ni tampoco a que deban existir órganos independientes para la valoración de tales méritos y capacidades (competencias), como es el caso de la CRESAP[20] en Portugal, lo que facilita que las designaciones tengan un elevado grado de discrecionalidad si así lo quiere el legislador o el poder normativo correspondiente, aunque los amplios márgenes de configuración también admiten la construcción de sistemas de dirección pública con fuertes elementos –si hay voluntad política, que normalmente no la hay– de profesionalización de esos niveles directivos. La concurrencia que se prevé puede ser

20. Comisión de Reclutamiento y Selección para la Administración Pública de Portugal. Sus funciones se despliegan esencialmente sobre los procesos de reclutamiento y selección de candidatos a la Administración superior (direcciones generales y subdirecciones generales, y puestos asimilados), así como evaluación del nombramiento de personal directivo y gestores públicos de las entidades del sector público. Ver, por ejemplo: https://www.haydere-cho.com/2017/01/14/la-experiencia-portuguesa-de-la-cresad-un-modelo-para-espana/.

interna (lo que lo asemejaría a un sistema de provisión de puestos de trabajo) o por medio de movilidad mediante la apertura de esos puestos a funcionarios de otras Administraciones públicas, aunque también parece admitir, como veremos, la incorporación de externos mediante su vinculación como personal de alta dirección.

3) Muy relevante, tanto formal como materialmente, es la incorporación en el artículo 13 TREBEP de un principio-regla con una contundente forma verbal ("estará"), que obliga a que ese personal directivo profesional esté sujeto a evaluación por los resultados de su gestión, lo cual es un elemento muy relevante del modelo profesional de función directiva basado en los principios de la Nueva Gestión Pública que alumbraron los primeros pasos en la construcción de ese modelo, aunque hoy día se deben completar con algunas clamorosas omisiones, tal como se dirá, que tienen que ver con la dimensión de integridad en el ejercicio de las funciones directivas en el sector público que la Nueva Gestión Pública orilló por completo. Esa evaluación –se añade– debe ser realizada de acuerdo con una serie de principios: eficacia, eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido marcados. Ciertamente, la puesta en marcha de un sistema de evaluación de la función directiva implica una racionalización de la gestión pública sin duda importante. Un reto muy difícil de llevar a cabo en organizaciones públicas en las que la evaluación del desempeño es una herramienta infrautilizada o, peor aún, absolutamente desconocida. Pero, además, supone que si se evalúa por la gestión es normal que se preserve la continuidad en el ejercicio de la función directiva de quien obtiene buenos resultados, lo que contradice que exista en estos casos un sistema de libre cese, entendido como discrecional. Sin embargo, la inmensa mayoría de las normas reguladoras de la función directiva que han aprobado las comunidades autónomas recogen el libre cese (no así, tal como se verá, la Ley de Instituciones Locales de Euskadi). Dicho en términos muy claros: donde hay libre cese discrecional no puede haber dirección pública profesional.

4) Relevante es también que las condiciones de empleo del personal directivo no sean objeto de negociación colectiva, lo que configura un espacio institucional que se inserta dentro del ámbito de los poderes de dirección de la institución respectiva, lo que conduce derechamente (o debiera conducir) a que no se incorporen tales niveles directivos en la relación de puestos de trabajo de la entidad, sino que se cree un instrumento de ordenación específico, tal como ha regulado en detalle la Ley de Instituciones Locales de Euskadi (artículo 36.3 LILE).

5) Y, en fin, fruto de la confusión antes descrita entre concepción subjetiva y objetiva de la dirección pública profesional, el artículo 13 TREBEP

opta por dar preferencia al régimen jurídico de vinculación de la persona en función de su procedencia frente al régimen orgánico de regulación de las estructuras directivas. Las consecuencias de este mal enfoque son serias y graves, como ya se ha dicho y se verá ulteriormente.

3
La regulación de la dirección pública profesional en la Ley 2/2016, de Instituciones Locales de Euskadi: notas generales

La regulación de la dirección pública profesional por la Ley 2/2016 del Parlamento Vasco (LILE, en lo sucesivo) fue, sin duda, un primer ensayo en el Estado autonómico de configurar, a partir de la normativa local, un modelo de estructuras directivas locales de carácter profesional. Su novedad, sin embargo, es más formal que material, ya que ese marco normativo apenas si ha recibido aplicación alguna tras más de seis años de su entrada en vigor. Por tanto, si bien es cierto que representó una innovación legal y supuso un primer avance en esta materia en el Estado autonómico (con algunos lastres evidentes, unos heredados de la propia legislación básica y otros consecuencia de torpezas del propio legislador autonómico), principalmente porque esa regulación se recogía en una *ley de instituciones locales de Euskadi*, y no en la ley de función pública o de empleo público, a la que –no sin cierta confusión o contradicción[21]– se le otorgaba la naturaleza de legislación de aplicación supletoria frente al marco normativo local (artículo 39.1 LILE), que tenía por tanto primacía aplicativa, no lo es menos que el saldo final en cuanto a su aplicación respecta no ha dejado de ser decepcionante, como se expondrá en el apartado conclusivo de este epígrafe.

Los rasgos normativos más relevantes de esa regulación del personal directivo profesional en la LILE (recogido en el capítulo III del título IV, relativo a la organización municipal, lo cual es un acierto de enfoque) se pueden sintetizar del siguiente modo:

- La regulación del personal directivo municipal, aunque recogida en el título IV de la LILE, está muy marcada por una impronta subjetiva ("personal directivo") y no objetiva u orgánica ("órganos directivos"), herencia sin duda del propio artículo 13 TREBEP.
- No obstante, se enmarca correctamente la idea de que la creación, siempre potestativa, de esa figura está estrechamente vinculada con el

21. Véase la disposición transitoria decimosegunda de la LILE.

principio de autoorganización local o con las potestades de ese carácter que tiene la entidad local.

- La determinación de la estructura directiva local se vincula al ejercicio de las políticas concretas que cada Gobierno local quiera impulsar en el mandato. Y, a tal efecto, a propuesta exclusiva de la alcaldía, es el pleno de la entidad local quien define las áreas de actuación de tales estructuras. Esa determinación se plasmará en un instrumento de ordenación de estructuras directivas que es distinto de la relación de puestos de trabajo, cuya aprobación corresponderá al pleno, salvo en los municipios de gran población, donde es competencia de la junta de gobierno.
- La LILE incurre en la confusión que sentara el artículo 13 TREBEP al diferenciar en diferentes pasajes el nombramiento (aplicable a funcionarios) y la contratación (cuando la designación recae en personal de alta dirección, sujeto al régimen laboral). La hipoteca de la mala regulación básica planea por diferentes pasajes de la LILE y condiciona completamente el modelo diseñado por el legislador vasco, cuya coherencia habría que buscarla en utilizar siempre el nombramiento para la cobertura de niveles orgánicos directivos de la Administración municipal, mientras que el personal de alta dirección debería desplegarse solo para niveles directivos de máxima responsabilidad de entidades del sector público, en particular de las entidades públicas empresariales, fundaciones y sociedades mercantiles locales.
- La LILE contiene una limitación absurda e incoherente, cuando establece que solo se podrán acoger a ese régimen jurídico del personal directivo profesional las entidades locales que superen los 40 000 habitantes. No tiene lógica alguna tal limitación, que, no obstante, se pretende suavizar al permitir la disposición adicional sexta de la ley que el Gobierno, transcurridos tres años de vigencia de la misma, pueda rebajar tal umbral. Como tal rebaja se condiciona al contraste aplicativo de la ley, y este apenas ha tenido lugar, la barrera de los 40 000 habitantes parece hoy en día infranqueable. Y condena a la ley a una inaplicación aún mayor, dados además los escasos municipios vascos que, con excepción de las tres capitales de territorios históricos que son municipios de gran población, superan ese umbral.
- Acierta, sin embargo, la LILE cuando define los niveles funcionales orgánicos sobre los que se puede desplegar la dirección pública, ya que cubre la coordinación general o gerencia municipal, las direcciones de área o sector, los puestos de responsabilidad de entidades instrumentales que se acogen dentro del sector público local y, ade-

más, prevé un interés ante la figura (hasta ahora tampoco explorada) de dirección por programas o por proyectos, que representa una encomienda temporal o especial, de duración por tanto limitada y que no se inserta en la estructura propiamente dicha, y que podría ser un vehículo apropiado para impulsar políticas transversales tales como las derivadas de la Agenda 2030 y sus respectivos ODS (Objetivos de Desarrollo Sostenible), o, asimismo, para impulsar la gestión de los fondos europeos en el ámbito municipal. Sin embargo, a pesar de su innegable novedad, no ha sido utilizada hasta ahora.

- A imagen y semejanza de la regulación del EBEP, la subjetivación de la dirección pública profesional a partir de la figura del personal directivo, si bien presente a lo largo de toda la regulación, se concreta de forma diáfana en el artículo 37 LILE. Allí se vuelve a vincular la dirección pública con el régimen jurídico del personal que será nombrado (funcionario) o contratado (laboral), y aunque se admite que puedan desempeñar niveles directivos personas que no tengan la condición previa de funcionarios, parece dar la impresión (lo cual es un error) de que en tales casos no existirá nombramiento sino contratación como personal de alta dirección, con lo cual no pueden ejercer potestades públicas, abriendo así una quiebra incomprensible con la configuración de los altos cargos de otros niveles de Gobierno (como son la Administración del Estado, la Administración vasca o las Administraciones forales, en las que el nombramiento de un cargo directivo le confiere ya la titularidad del órgano y el ejercicio de las potestades vinculadas al mismo).
- Más lograda está la delimitación de las funciones de quienes tengan la condición de personal directivo, aunque hubiese sido mejor articularla desde un modo objeto (órganos directivos).
- El régimen jurídico del personal directivo profesional local es una materia, en gran medida, reservada a la ley, aunque se admite que, de acuerdo con esta, los municipios y el resto de entidades locales desarrollen (equívocamente dice “determinen”) ese régimen jurídico y el conjunto de derechos y deberes que corresponde a tal personal. Acertada resulta, asimismo, la previsión de que la naturaleza jurídica del personal directivo de las entidades del sector público sujetas a derecho privado tendrá la condición de personal de alta dirección (aunque ese personal directivo queda extramuros del artículo 2 del TREBEP y, por tanto, no se le aplican sus previsiones básicas, salvo en lo establecido en la disposición adicional primera de ese texto normativo). También es adecuada la expresión, en cuanto que se

aproxima a la dimensión orgánica del problema, de "los titulares de los puestos directivos" (aunque hubiese mejorado notablemente de emplearse la noción "órganos directivos"), al referirse a que estarán vinculados a la legislación de incompatibilidades y de conflictos de intereses de conformidad con lo establecido en la legislación local y, en su caso, en la futura ley de empleo público. También les resulta de aplicación, en su caso, la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (título II), aunque no está claro que ese personal directivo sea homologable a la figura del alto cargo local (de contornos ciertamente evanescentes).

- La LILE también parece acertar cuando habla de "provisión de puestos de personal directivo profesional", si bien ese acierto inicial se empaña en diferentes pasajes de la ley cuando hace uso asimismo de la expresión "selección", lo que llama al equívoco de cuál es la naturaleza exacta de ese proceso de designación del personal directivo local. Si el acento se pone en la provisión, se da a entender que su cobertura será entre personal funcionario o laboral de la propia Administración local o de otro nivel de Gobierno, y si se habla de selección da la impresión de que hay un procedimiento de acceso estandarizado de comprobación del mérito y de la capacidad. En realidad, la cobertura de esos niveles directivos orgánicos profesionales no es ni por un sistema de provisión de puestos de trabajo propio de la función pública[22], ni tampoco propiamente hablando un sistema de selección, sino más bien un sistema de designación de corte singularizado, que tiene como hilo conductor la acreditación de competencias profesionales y una designación con un componente de discrecionalidad limitada o acotada por parte de la alcaldía o presidencia de la entidad local, que se aleja por consiguiente de las premisas de la selección y de la provisión de puestos de trabajo, aunque la legislación de función pública de las comunidades autónomas haya querido ver una suerte de paralelismo con la libre designación. En verdad, se trata de un modelo de cobertura alternativo o un modo de provisión que combina criterios de selección (acreditación de competencias profesionales) con elementos acotados de provisión en la designación.

22. La LILE se equivoca en diferentes pasajes al homologar y encuadrar tal procedimiento de designación de directivos con los propios de la función pública (selección y provisión de puestos de trabajo), sobre todo porque ello rompe la creación de un tercer espacio intermedio y sitúa al personal directivo exclusivamente en el marco regulatorio de la función pública, sin prever la singular posición institucional que ocupa; por ejemplo, en el artículo 40.5 y en la disposición transitoria decimosegunda de la LILE.

- La LILE parte, en efecto, de que la cobertura de tales niveles directivos profesionales locales, que denomina acertadamente "procedimiento de designación del personal directivo público de la Administración local", se debe efectuar por convocatoria pública, que especificará "las características y competencias profesionales exigidas para su provisión", de conformidad con lo establecido en el instrumento de ordenación de puestos directivos. Pero, una vez más, incurre en el error de incorporar alternativamente las nociones de "selección o provisión", cuando indica que tales procedimientos –siguiendo las premisas del legislador básico– "atenderán a los principios de mérito, capacidad, publicidad y concurrencia, así como de idoneidad" de las personas que concurran a tales convocatorias.
- Uno de los aspectos más positivos de esa regulación radica en una cuestión procedimental, pero que depende de cómo se aplique puede tener unas consecuencias materiales importantes (o, si se aplica mal, desactivar sus posibles efectos beneficiosos). Nos referimos a la exigencia legal ("habrá"), contenida en el artículo 40.7 LILE, de que esos procesos de designación deban realizarse por medio de un sistema de acreditación de competencias, esto es, se deberá confrontar hasta qué punto las competencias requeridas para el desempeño funcional de ese órgano o nivel directivo se corresponden con las competencias profesionales que acrediten los candidatos a tales puestos o niveles orgánicos. Y ese proceso de acreditación puede llevarlo a cabo la propia Administración municipal, encargarlo o encomendarlo al Instituto Vasco de Administración Pública o, en su caso, valerse de empresas o profesionales externos, que lo más conveniente desde un punto de vista de cumplimiento normativo es que adquieran un rol de asesores externos al tribunal o comisión que lleve a cabo la ejecución de tal sistema de acreditación de competencias.
- La LILE, siguiendo el esquema de la normativa básica estatal, establece la responsabilidad por la gestión como presupuesto de esa función directiva. Un aspecto importante, pero que se quedará en meramente declarativo. Sin haber conseguido implantar la cultura de la evaluación del desempeño en el ámbito de la función pública, la pretensión de hacerlo en la función directiva, además impulsada por la ejecución de ese control de evaluación por el órgano de gobierno que procedió al nombramiento o contratación, se torna en una aspiración de muy difícil o imposible cumplimiento.
- La normativa vasca tiene tres puntos de apoyo que, en el caso de haberse aplicado, podrían haber significado un cierto cambio de paradig-

ma en el modo y manera de comprender las relaciones entre política y administración en el nivel local de Gobierno. Y estos puntos son:

- Prevé la posibilidad de que en la convocatoria se incorpore un período de "prácticas" o de "prueba", teniendo en cuenta si el nombrado es funcionario o contratado laboral (otra vez más aparece la dualidad de regímenes jurídicos "personalizados", tributaria de la regulación básica estatal). Al margen de lo inoportuno de emplear la noción "en prácticas" para personal directivo que debe acreditar para su acceso un desarrollo profesional adecuado (podría haberse generalizado la expresión "prueba", aunque la tendencia a confundir el régimen directivo con el funcionarial *sensu stricto* haya conducido a esa dualidad), permite que las estructuras políticas contrasten durante un período de seis meses si es posible un correcto alineamiento entre política y gestión para llevar a cabo los proyectos gubernamentales que se quieren impulsar en el mandato. Y si no se dieran esas condiciones, cesar al personal directivo en "período de prueba" (o "en prácticas") y proceder a realizar una nueva convocatoria (o cubrirlo con otra persona acreditada si las bases lo recogen). Es verdad que esta regla mal aplicada puede dar lugar a excesos o producir distorsiones; pero también lo es que flexibiliza un régimen que, desde el punto de vista político, muchas veces no es bien entendido, y facilita su implantación, así como la comprobación por las propias estructuras políticas locales de las ventajas que puede tener para el desarrollo de su acción de gobierno disponer de una dirección pública profesional.
- La segunda vía de racionalización del modelo puede hallarse en la búsqueda de una interpretación adecuada de ese marco normativo que, al margen de la confusión que introduce de regímenes jurídicos, puede tener una lectura mucho más cabal, aplicando correctamente las previsiones recogidas en los artículos 39.2 y 40.10 LILE, lo que comportaría que para los nombramiento de órganos directivos de la Administración local se utilice siempre la figura del personal funcionario; mientras que para la designación del personal directivo de máxima responsabilidad de las entidades públicas empresariales, fundaciones públicas locales y empresas mercantiles de capital municipal, se haga uso de la figura del personal de alta dirección. Lo mejor hubiese sido rehacer ese marco normativo y permitir que el nombramiento pudiera recaer no solo en funcionarios, sino también en laborales o

externos, siempre que acreditaran las competencias pertinentes, desligando el nombramiento del titular del órgano directivo de las circunstancias previas de quien accede. Pero el enorme tributo del EBEP impide, en principio, esa interpretación mucho más razonable, que equipararía formalmente las estructuras directivas locales con las existentes en las Administraciones públicas del Estado, autonómicas, forales, o en los municipios de gran población, aunque reforzando su naturaleza profesional, lo que hubiese sido un paso adelante.

- Y, en fin, otro punto positivo es, sin duda, la previsión recogida en el artículo 40.11 LILE, que parte de la premisa de que el nombramiento (y cabe entender que, asimismo, la contratación) del personal directivo comporta continuidad en el ejercicio de las funciones directivas (esto es, no cabe el cese discrecional más allá del período de prueba), siempre que los resultados de la evaluación sean satisfactorios. Por consiguiente, se garantiza esa continuidad, al menos, durante el mandato en el que ha sido designado el personal directivo y "hasta el 31 de diciembre del año en que se celebren las siguientes elecciones municipales", lo que se configura como un auténtico período de enfriamiento, como lo calificamos en su día, que obliga, en su caso, a convivir el equipo de gobierno entrante con el equipo directivo existente, sin perjuicio de que se pueda prorrogar el ejercicio de las funciones directivas por otro mandato o, en su defecto, convocar los procesos de designación y acreditación de competencias al efecto de cubrir esos niveles directivos en el mandato subsiguiente.

Una regulación, por tanto, con elementos de indudable mejora del marco jurídico-institucional vigente en lo que a función directiva local respecta, pero también con algunas hipotecas que proceden en su mayor parte de la legislación básica local, aunque también hay algunos puntos críticos que se derivan de una mala regulación autonómica, especialmente en la confusión entre personal que en el ejercicio de sus funciones directivas cubre un tercer espacio entre la política y el empleo público (al aplicarse categorías propias del derecho de la función pública o del derecho laboral, en su caso, a tal personal directivo), así como en las limitaciones cuantitativas que limitan incomprensiblemente la aplicación de este modelo normativo-institucional a las entidades locales de más de 40 000 habitantes, cercenando la posibilidad de aplicar ese régimen directivo a la inmensa mayoría de los municipios vascos o a otras entidades locales en los que podrían haber encontrado un ámbito idóneo de expansión.

Sin embargo, al margen de esas limitaciones normativas (o de calidad de la ley), el problema fundamental de este marco institucional ciertamente innovador es su práctica inaplicación en la realidad política del Gobierno local en Euskadi. A diferencia de Cataluña, que ahora se examina, donde la figura de la gerencia (tanto universal como sectorial) ha estado muy presente en los Gobiernos locales, en Euskadi el modelo político-administrativo local sigue pautas mucho más tradicionales y hasta cierto punto obsoletas, dado que descansa en una concepción dicotómica entre política y administración (sistema burocrático), con sus dos polos de tensión representados por la alcaldía y quienes cubren puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local de habilitación nacional (por cierto, en su inmensa mayoría cubiertos por personal interino), sin que por parte de la política y tampoco de la propia burocracia local se haya entendido hasta ahora la trascendencia que tiene articular un tercer espacio directivo profesional que haga de puente y retroalimente la política local reforzando asimismo la propia burocracia. El resultado es evidente: una evolución limitada del desarrollo institucional local y de las potencialidades de tal nivel de Gobierno, manifestada en un déficit aplicativo de ese marco normativo regulador de factura innovadora, que en el caso del País Vasco dispone de recursos financieros adicionales, para transformar las políticas locales.

4
La STS de 17 de diciembre de 2019 sobre el Reglamento Orgánico de la Diputación de Cáceres y su regulación del personal directivo: consecuencias aplicativas sobre las potestades de autoorganización de los Gobiernos locales

Antes de analizar el siguiente caso objeto de este estudio (la modificación de la regulación del personal directivo local en Cataluña), conviene partir del dato de que la modificación del artículo 306 TRLMRLC tiene su principal causa en la ya citada STS de 17 de diciembre de 2019.

Como se ha expuesto, el Tribunal Supremo, en una polémica sentencia, declaró que los Gobiernos locales no pueden regular *ex novo*, ni siquiera de forma interina, el régimen jurídico del personal directivo profesional, en desarrollo directo del artículo 13 TREBEP[23]. Por tanto, a pesar de que las entidades locales tienen garantizado el principio de autonomía local y disponen, asimismo, de la potestad de autoorganización que se anuda directamente a

23. Sobre esta sentencia y su alcance, por todos: Mauri Majós (2020).

aquel principio, el Tribunal Supremo cerró de un portazo la posibilidad de que tales Gobiernos locales aplicaran sus potestades normativas propias para regular el régimen jurídico del personal directivo (bien es cierto que, tal como se ha dicho, en una sentencia cuyo fallo tuvo un voto particular, en el que dos magistrados de la sección abogaban por que la entidad local sí que podía hacer uso de sus competencias normativas para ello), al menos mientras el Estado o las comunidades autónomas no desarrollaran tal cuestión por medio de ley o por disposición normativa reglamentaria estatal o autonómica.

La STS citada (recurso 2145/2017) lleva a cabo una interpretación restrictiva del alcance de las potestades normativas locales en ese ámbito material que, sin entrar en mayores detalles, se basa en las siguientes conclusiones, que exponemos sumariamente:

a) Ninguno de los preceptos de la normativa básica de empleo público ni tampoco de la LBRL "confiere atribución alguna a las entidades locales para regular el personal directivo", ya que solo habilita para aprobar ese marco normativo sobre personal directivo en desarrollo del artículo 13 TREBEP al Gobierno y a las comunidades autónomas.
b) Los entes locales provinciales, ni siquiera al amparo del artículo 32 bis LBRL (en su redacción dada por la LRSAL), disponen de "competencia para dictar regulaciones generales de desarrollo del artículo 13 del Estatuto Básico del Empleado Público ya que, si la tuvieran serían innecesarias".
c) "No puede considerarse contrario a la autonomía local ni a sus corolarios de autonormación y autoorganización, que sean el Gobierno o las Comunidades Autónomas los que se encarguen de desarrollar el artículo 13 del Estatuto Básico del Empleado Público".

Para llegar a tales conclusiones, el Tribunal Supremo parte, por tanto, de una interpretación absolutamente literal del primer inciso del artículo 13 TREBEP, al referirse el enunciado normativo del precepto citado únicamente al Gobierno del Estado o a los Gobiernos autonómicos, lo que obviamente no puede excluir la competencia legislativa de sus respectivos Parlamentos, pero que, a juicio del Tribunal Supremo, excluye la intervención normativa primaria de las entidades locales. Tampoco se analiza ese precepto en el marco de la Carta Europea de Autonomía Local y dentro del principio de autonomía local constitucionalmente garantizado, una herramienta interpretativa que la sentencia excluye, no así el voto particular. Con esos mimbres, la conclusión de la sentencia no podía ser más frustrante para las expectativas de las entidades locales. En efecto, el Tribunal Supremo basaba la resolución del caso en que el artículo 13 TREBEP llamaba únicamente a que el desarrollo del régimen jurídico del

personal directivo se hiciera por el Gobierno del Estado o de las comunidades autónomas, como ya se ha visto, pero a su vez fundamentaba esa interpretación literal en que tal competencia normativa de establecer el régimen jurídico por medio (¿alternativamente?) de manifestaciones de la potestad reglamentaria estatal o autonómica encontraba su finalidad en los criterios de homogeneidad que debían inspirar tal marco normativo, lo cual se incumplía sí se reconociera tal posibilidad, aunque fuera temporalmente, a favor de las entidades locales. Se llevaba a cabo, en consecuencia, una suerte de reserva reglamentaria (impropia, a todas luces)[24] para regular esa materia por disposición normativa infralegal de desarrollo directo del artículo 13 TREBEP, pero impidiendo que tal disposición normativa fuera de procedencia local. Ello pone de relieve –según la sentencia– "la importancia que el legislador estatal otorga a que ese régimen esté dotado de suficiente homogeneidad", y tiene "el objetivo de dotar a la regulación del personal directivo de las Administraciones Públicas, también del de las Corporaciones Locales, de la homogeneidad precisa a partir de los criterios sentados expresamente por el artículo 13 [EBEP]". Ciertamente, ese razonamiento admitía, como no podía ser de otro modo, que junto a la previsión legal de que tal regulación se hiciera por reglamento estatal o autonómico, también cabía la posibilidad de que la ley regulara tal cuestión (fuera la ley básica local estatal o, en su caso, la ley autonómica que tratara esa materia y desarrollara el TREBEP). Pero el énfasis de la citada sentencia en la homogeneización del régimen jurídico es constante, tanto de forma explícita como implícita.

24. Como es bien sabido, el ordenamiento constitucional español no prevé materias reservadas a su regulación primaria por el reglamento, como sí lo hace, por ejemplo, el ordenamiento constitucional francés. La reserva a reglamento no cabe, por consiguiente, en aquellas materias reservadas a la ley o reguladas por esta. Sí que es cierto que las leyes encomiendan el desarrollo de una materia al reglamento, lo que se conoce como los reglamentos ejecutivos, que desarrollan, concretan o pormenorizan lo establecido en la ley. Pero, en este caso, lo sorprendente de la regulación del artículo 13 TREBEP (dada la enorme inconcreción de sus enunciados normativos) es que lleva a cabo una reserva (impropia) de la configuración *in totum* del régimen jurídico del personal directivo que se efectúa a favor de las estructuras ejecutivas central y/o autonómicas (Gobierno de la nación o Gobierno de las comunidades autónomas), con olvido asimismo de cualquier reconocimiento a la potestad normativa local (lo que implicó la controvertida doctrina de la STS de 17 de diciembre de 2019), prescindiendo de que hay determinados aspectos de la regulación del personal directivo (por ejemplo, los relativos a las situaciones administrativas o al régimen de incompatibilidades, entre otros) que deben ser regulados primariamente por ley, y, por consiguiente, cualquier definición del régimen jurídico primario del personal directivo no la podrían abordar en su totalidad tampoco ni el Gobierno estatal ni el autonómico por vía reglamentaria (no solo el poder normativo local). De hecho, el uso de esa potestad reglamentaria *per saltum* que prevé el artículo 13 TREBEP no se ha materializado en la práctica; entre otras cosas –presumimos–, por las dificultades expuestas.

El razonamiento del Tribunal Supremo, por lo demás lapidario y de interpretación gramatical o, mejor dicho, literal del enunciado legal, no se puede caracterizar como un dechado de buena doctrina jurisprudencial, sino todo lo contrario. A nuestro juicio, es mucho más convincente el voto particular a la sentencia; pero el revuelo que creó en algunas entidades locales esta resolución judicial fue considerable. Sin duda fue así en la institución provincial que vio tachada esa posibilidad de regular tal materia, pero asimismo en otras entidades locales afectadas directa o indirectamente por tal limitación. También por lo que afectaba a Cataluña, ya que algunas entidades locales catalanas (también diputaciones) habían modificado sus reglamentos orgánicos o aprobado reglamentos en los que se establecía una regulación del régimen del personal directivo local, y, por tanto, con mayor o menor intensidad (más bien lo segundo que lo primero) disponían de estructuras directivas que tenían la denominación formal de "profesionales" (aunque materialmente no lo fueran). Todas esas regulaciones locales, y lo que es más serio, las propias estructuras directivas que se habían creado, quedaban, por consiguiente, al descubierto; esto es, sin cobertura o amparo legal.

En efecto, fue esta STS de 17 de diciembre de 2019 (Sala Tercera, Diputación de Cáceres) la que, con una discutible doctrina, vedó el que los entes locales pudieran regular directamente por normativa propia (reglamento orgánico o reglamento) la figura de los directivos públicos profesionales, si no era desarrollada previamente tal cuestión por la ley o, en su caso, no era regulada esa figura por el Ejecutivo autonómico correspondiente. Es cierto que el supuesto objeto de la sentencia partía de la regulación que el artículo 32 bis LBRL establecía sobre el personal directivo de las diputaciones provinciales, que fue una mala traslación de lo dispuesto en el artículo 130 de la propia LBRL (más depurada técnicamente) en lo que respecta a los órganos directivos de los municipios de gran población. Como puede advertirse, la regulación del artículo 32 bis LBRL, en la que ahora no cabe detenerse, parte del criterio de poner el foco del problema en la dimensión subjetiva (el personal directivo), mientras que el artículo 130 LBRL se inclina, de forma mucho más acertada, por situar el centro de la cuestión en la dimensión orgánica de la dirección pública ("órganos directivos"). Todo ello es tributario de contextos históricos distintos en la elaboración de las normas: la reforma de 2003 (Ley 57/2003), con todos los defectos que acarreó, en este punto fue más certera, al situar la dirección pública en su espacio natural, que es el propiamente organizativo; mientras que la reforma de 2013 (Ley 27/2013), que supuso un injerto legal con fuerte contenido restrictivo de la autonomía local, hizo un traslado de esa cuestión mal planteada desde principio a fin. Es cierto que, en este punto, la reforma de 2013 era tributaria de la confusión normativa que

impuso el propio artículo 13 TREBEP, en los términos antes analizados. Pero lo que no se entiende es que unas normas reguladoras de un mismo objeto (estructuras directivas locales), en un caso, como son las diputaciones provinciales, se resuelvan a través del enfoque subjetivo del problema (personal directivo profesional), mientras que en los otros supuestos (municipios de gran población) la solución adoptada fue muy distinta y distante, centrando la atención de esa cuestión a través del enfoque objetivo (órganos directivos).

Así, efectivamente, se puede advertir esa confusión de enfoque cuando el artículo 32 bis se refiere al "personal directivo" de diputaciones, cabildos y consejos insulares, mientras que el artículo 130 LBRL hace mención a "órganos directivos". Bien es cierto que en las exigencias para la cobertura de tales "órganos" o "puestos" directivos las coincidencias eran mayores, puesto que tan solo se decía que "su nombramiento" se debería efectuar de acuerdo a criterios de competencia profesional y experiencia (lo que les asimilaba al régimen jurídico de altos cargos de los titulares de órganos directivos estatales, autonómicos y de municipios de gran población), debiendo recaer tal nombramiento en funcionarios del subgrupo de clasificación A1, salvo que el correspondiente reglamento orgánico, en atención a las características específicas de las funciones "de tales órganos directivos", especificara que su titular no reuniera tal condición. Como se ve, en el último inciso del precepto se recoge la expresión "órganos directivos", que a nuestro juicio es determinante para orientar la regulación de la dirección pública hacia la dimensión orgánica y no subjetiva. Porque lo importante no es quién accede ni qué condición tiene (si es funcionario de carrera, personal laboral o externo al sector público), sino que lo determinante es que, mediante el nombramiento, accede como titular de un órgano directivo. El nombramiento comporta estar investido del ejercicio de tales funciones anudadas al cargo, siendo indiferente qué vinculación jurídica tuviera, en su caso, el nombrado con la Administración o con cualquier otro nivel de Gobierno. El presunto vínculo con el artículo 13 TREBEP hacía mucho más compleja esa configuración orgánica del problema, pues –tal como se ha visto– se admitía también que el personal directivo profesional tuviera vínculo laboral (obviamente, de personal laboral de alta dirección), en función –como se interpretó inadecuadamente– de qué funciones realizaba (admitiendo, por tanto, que en algunos casos no era necesaria la vinculación previa de funcionario de carrera con la Administración, pudiendo ser contratada, no nombrada, la persona como laboral en régimen de alta dirección). El error de enfoque y de concepto estaba servido: la provisión de cargos directivos en las Administraciones públicas siempre se había asentado sobre el nombramiento, excepto en el sector público empresarial concretado en las empresas públicas y fundaciones (que no estaban dentro del ámbito de

aplicación del artículo 2 TREBEP y que, por consiguiente, no cabía extender sus previsiones a ese ámbito, dado que la disposición adicional de la norma no lo recogía). A partir de ese desconcierto interpretativo, la aplicación de esa norma ya no podría ser pacífica. Esa confusión empañó el juicio de la doctrina, de los aplicadores del derecho y, lo que es más grave, del propio Tribunal Supremo.

La dimensión orgánica establecida en el artículo 32 bis LBRL, no obstante, se limita en cuanto a las personas que pueden acceder a esa designación, ya que *preferentemente* se deberá acreditar que quien es nombrado tiene la condición de funcionario A1, salvo que, en el propio reglamento orgánico, se prevea que, por las características específicas de las funciones del órgano directivo, pueda ser *nombrada* una persona que no tenga tal condición. Pero, a partir del nombramiento, cabía presumir (algo que el enunciado normativo no recoge) que la persona investida *puede ejercer plenamente las funciones y potestades públicas propias del órgano del cual ha accedido a ser su titular.* Sin embargo, nada de eso se precisa en una disposición normativa ayuna de la mínima densidad y claridad regulatoria propia de una institución tan sensible como es la dirección pública. Además, debe advertirse que en este artículo 32 bis LBRL (como tampoco aparecía en el artículo 130 LBRL, pero este fue incorporado con anterioridad al EBEP) no aparece ni por asomo la noción de "profesional" que acompaña a la figura de los directivos públicos en el artículo 13 TREBEP, siendo más bien (o todo apunta a que se trata de) una traslación del régimen jurídico de las direcciones generales de la Administración General del Estado y de las Administraciones autonómicas al ámbito local de gobierno, y también, por tanto, de los titulares de los órganos directivos de los municipios de gran población a las propias diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares, lo que puede conducir derechamente al establecimiento legal de un modelo de politización en los nombramientos, con el único límite de las exigencias previstas en el artículo 32 bis LBRL, o, como también se denomina, como un *spoils system de circuito cerrado.* En consecuencia, de ser cierta esa interpretación, que además es la que ha seguido la última modificación de la Ley de Cabildos Insulares, las designaciones de personal directivo en tales Gobiernos locales intermedios (como las diputaciones o los cabildos) son nombramientos políticos discrecionales, pero que se proyectan –a imagen y semejanza de lo que hiciera en su día la LOFAGE[25] y, hoy en día, la Ley 40/2015 para los niveles orgánicos de subsecretarías, secretarías generales técnicas y direcciones generales, salvo excepciones tasadas en este

25. Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Hoy en día derogada por la Ley 40/2015.

último caso– entre un abanico de personas que reúnan las exigencias previstas en la norma, preferentemente funcionarios públicos A1 y, excepcionalmente, quienes no lo sean (esto solo en los titulares de direcciones generales), una vez identificadas las características específicas de las funciones que desarrollan unos determinados puestos directivos, según el reglamento orgánico del ente local (en la Administración General del Estado, según el decreto de estructura de cada departamento ministerial). Algo de esto último es lo que, como ya se ha expuesto, se ha hecho recientemente, por ejemplo, a través de la Ley 3/2021, de 6 de julio, de modificación de la Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares[26].

Esta exégesis y explicación conceptual del artículo 32 bis LBRL era, sin duda, necesaria para afrontar las tesis de la propia sentencia y, en particular, para comprobar cómo se ha trasladado el régimen jurídico del personal directivo a las entidades locales catalanas por el nuevo artículo 306 TRLMRLC, incorporado por el artículo 102 de la Ley 5/2020 del Parlamento de Cataluña. Tras esta polémica sentencia del Tribunal Supremo queda claro que las entidades locales tenían condicionada su potestad normativa y de organización a lo que dispusieran otros niveles de Gobierno o la propia ley de desarrollo del TREBEP. La competencia normativa local quedaba suspendida o condicionada a que se definiera normativamente por la comunidad autónoma el régimen jurídico de tales niveles directivos locales. Y, por consiguiente, debía ser el legislador autonómico (o, en su defecto, el Gobierno de la comunidad autónoma, según la interpretación literal del precepto realizada por el Tribunal Supremo) el que estableciera una regulación de desarrollo que marcara los elementos básicos de ese régimen jurídico-institucional de directivos locales profesionales y, en paralelo, habilitara al ejercicio de la potestad normativa local para su complemento y concreción. No dejaba de ser un cierto desprecio al principio de autonomía local y a su manifestación más fuerte, como es la potestad de autoorganización, que otra institución, diferente de la propia entidad local, se pudiera entrometer en la configuración de las estructuras directivas por medio del establecimiento de unas reglas jurídicas más o menos incisivas en cuanto a la organización local.

Dicho de otro modo, la sentencia decía –como se ha reconocido– que la necesaria homogeneidad del régimen jurídico de la dirección pública profesional local exigía un marco normativo único, fuera este estatal (básico) o autonómico. Puede llegar a comprenderse que, en efecto, una regulación de tales características, sobre todo si se quiere facilitar la movilidad interadministrativa, así como prever algunas cuestiones sustantivas relativas al derecho

26. BOC 12-VII-2021.

de la función pública, deba corresponder al legislador autonómico (como, por ejemplo, la situación administrativa en la que queda el personal designado para el ejercicio de tales funciones, sobre lo cual hay una reserva de ley; o el régimen general de derechos de ese tipo de personal, así como el régimen de incompatibilidades); pero se entiende muy mal la habilitación al poder reglamentario estatal o autonómico. El tema clave, en términos de mera hipótesis, es qué sucedería en tales casos cuando existiera una anomia normativa o, peor aún, una voluntad decidida del legislador autonómico de no regular esta materia, dejando así desapoderadas a las entidades locales de régimen común para poder materializar estructuras directivas en su organización que vayan más allá de la mera utilización de los procedimientos de provisión de puestos de trabajo establecidos en la legislación de la función pública (principalmente, a través de los procedimientos de provisión de puestos de trabajo por concurso y libre designación).

Por tanto, ante esta resolución judicial se plantean dos preguntas importantes: en primer lugar, ¿con qué alcance e intensidad se debe regular la dirección pública profesional local por la legislación autonómica o por el poder reglamentario estatal o autonómico? Las opciones eran varias: la primera consistía en establecer una regulación legal detallada. Pero cabe descartar, por lo ya expuesto, que esa regulación de detalle se realice por una disposición normativa heterónoma como es el reglamento de un Ejecutivo autonómico. Esa interpretación debe ser desechada, por su nula adecuación al principio de autonomía local; sin embargo, como se ha visto, la regulación reglamentaria fue, paradójicamente, por la que optó el artículo 13 TREBEP. Una regulación legal de detalle, donde los márgenes de configuración normativa en lo que respecta al ejercicio de la potestad normativa local fueran limitados o más limitados, podía representar cercenar las capacidades normativas innatas anudadas a la potestad de autoorganización. La segunda era una opción en la que el legislador autonómico se inclinara por establecer una regulación general de la figura del personal directivo local (más respetuosa con la capacidad de configuración normativa en materia de autoorganización local), sin entrar en muchos detalles sobre aspectos concretos de ese régimen jurídico, normativa que debía jugar así como una suerte de habilitación para que las distintas entidades locales desplegaran su propia potestad normativa y de autoorganización aprobando reglamentos de naturaleza orgánica o reglamentos reguladores de esa institución, por medio de los cuales completaran lo establecido en la normativa autonómica.

Las dos opciones son posibles, y ambas cumplen las exigencias que establece la sentencia del Tribunal Supremo antes citada, ya que lo que se pide es que sea el Estado o las comunidades autónomas quienes determinen los

elementos propios del régimen jurídico del personal directivo en condiciones homogéneas en su aplicación para todas y cada una de las entidades locales del territorio de aplicación de tal normativa. La diferencia estriba en los márgenes de configuración que se dejan en una u otra solución en lo que al desarrollo normativo respecta. Sin duda, más respetuoso con la autonomía local es que la ley deje amplios márgenes de configuración normativa a la potestad local de autoorganización para que articule su modelo directivo en función del tipo de contexto institucional en el que se deba aplicar. En todo caso, la tensión entre lo que debe ser un régimen del personal directivo local homogéneo o heterogéneo no es fácil de resolver. Sin duda, los aspectos del régimen jurídico más nucleares de ese personal directivo deben ser determinados por ley (tales como, según se viene insistiendo, de las situaciones administrativas, los derechos y deberes esenciales, los aspectos generales del régimen retributivo o, en fin, el régimen de incompatibilidades). Pero todos ellos son aspectos que están sujetos a una reserva formal o material de ley, por lo que tampoco aquí se podría hacer uso de un reglamento gubernamental. En cualquier caso, cuanto menos margen de detalle se introduzca en la normativa autonómica sobre personal directivo local, mejor se salvaguardarán el principio de autonomía local y la potestad de autoorganización de este nivel de Gobierno.

5
La solución legislativa diseñada por el Parlamento de Cataluña para amortiguar los efectos de la STS de 17 de diciembre de 2019 en materia de personal directivo local

Como cabe presumir, la segunda opción de las antes citadas (esto es, la que se inclina no por una regulación legal exhaustiva o de detalle, sino más bien por una solución limitada en lo que a configuración normativa respecta del personal directivo) es el camino por el que ha transitado, tal vez con más voluntad que acierto, el legislador catalán, quien, para dar cobertura a las entidades locales de Cataluña y con la finalidad de sacarlas del túnel en el que las había introducido la sentencia reiterada, estableció un marco normativo ciertamente genérico, de escasa densidad, con la finalidad sobre todo de dar cobertura a los reglamentos ya aprobados por las entidades locales catalanas en lo que se refiere a la dirección pública profesional, y habilitar también para que el resto de entidades locales catalanas pudieran perfectamente desarrollar normativamente esa figura potestativa si la querían trasladar a sus propias estructuras organizativas.

En efecto, por medio del artículo 102.2 de la Ley 5/2020 ("de acompañamiento" a los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma), se estableció, como clara respuesta a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo antes citada, una regulación por medio de la cual se modificaba el artículo 306 del texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, incorporando un nuevo marco normativo de la figura del personal directivo en las entidades locales, que abría el paso a unas posibilidades efectivas (siempre que así se reconociera por la normativa local correspondiente) de profesionalización (mayor o menor, según los casos; en función del alcance de cada regulación) de la dirección pública local. Se zanjaba de ese modo el debate, que ya prácticamente no persistía, de si era posible o no seguir echando mano del personal eventual para la cobertura de niveles directivos en las entidades locales, pues formalmente se seguía reconociendo esa vía de atribuir funciones directivas al personal eventual con base en ese antiguo artículo 306 TRLMRLC, a pesar de algunos pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales que venían a defender que, tras la aprobación del TREBEP, las funciones del personal eventual solo se podían proyectar sobre tareas de asesoramiento (político) y de confianza especial. Por tanto, la opinión mayoritaria, aunque con un marco normativo francamente fragmentado y tampoco demasiado preciso, se inclinaba a que ya no era posible recurrir a tal figura del personal eventual para el desarrollo de dichas funciones directivas. Y así se ha terminado imponiendo esa tesis.

Lo importante ahora de esta modificada normativa catalana, es que tales previsiones se aplican a *todos los entes locales*, ya que es la normativa general; por tanto, también a las diputaciones provinciales; aunque las exigencias del marco normativo básico regulador del personal directivo de este tipo de instituciones (el artículo 32 bis LBRL) admiten perfectamente, según ha sido expuesto con anterioridad, un modelo politizado o discrecional de nombramientos para esos órganos directivos, siempre que se cumplan las exigencias establecidas en el citado precepto de la normativa básica.

A partir de esa modificación del artículo 306 TRLMRLC, tal como preveía el artículo 102.2 de la citada Ley 5/2020, el enunciado de tal precepto quedaba redactado en los siguientes términos:

"Artículo 306. Personal directivo

1. El nombramiento de personal directivo de entes locales y la formalización del correspondiente contrato laboral de alta dirección, de acuerdo con lo establecido en esta ley, son competencia de la presidencia de la entidad, que dará cuenta al pleno en la primera sesión que tenga.

2. La denominación y la determinación de los puestos directivos se llevará a cabo mediante un instrumento de ordenación diferenciado del de la

relación de puestos de trabajo, la aprobación corresponde al pleno, a propuesta de la presidencia de la entidad local, excepto en los municipios de gran población, en la que es competencia de la junta de gobierno local.

3. Los miembros de la corporación no pueden ser nombrados personal directivo. El personal directivo está sujeto a las causas de incapacidad e incompatibilidad establecidas para los miembros de la corporación.

4. Los procedimientos de selección y provisión de personal directivo deben exigir en todos los casos una formación específica de grado o de postgrado, se regirán por los principios de mérito, capacidad, publicidad y libre concurrencia y deben asegurar la idoneidad de los aspirantes en relación con los puestos objeto de la convocatoria. En los procedimientos se debe acreditar y verificar que los aspirantes están en posesión de las competencias profesionales exigidas.

5. El personal directivo nombrado tiene derecho a la inamovilidad en el puesto de trabajo, siempre que los resultados de la evaluación de la gestión llevada a cabo sean satisfactorios, y a permanecer en el cargo hasta que, una vez finalizado el mandato en que haya sido nombrado, cese el presidente o presidenta de la corporación que lo había nombrado. El nuevo presidente o presidenta de la entidad local puede, discrecionalmente, prorrogar el período de ejercicio de las funciones directivas para otro mandato, o bien convocar un nuevo procedimiento de selección y provisión del puesto de trabajo".

Esta es, por tanto, la regulación que en Cataluña se ha de tomar como base en estos momentos para la implantación de estructuras directivas locales. Adviértase que, a diferencia de lo que establece el artículo 13 TREBEP (que aboga por su naturaleza potestativa), la normativa catalana parece querer establecer el carácter preceptivo de tal aplicación cuando de crear órganos directivos se trata. Una interpretación literal de ese precepto comportaría que, si por parte de la entidad local se quiere nombrar personal directivo, habría que acudir inevitablemente a ese procedimiento. En realidad, ello no es así. Nada impide a un ayuntamiento determinado o a cualquier entidad local catalana establecer estructuras directivas municipales que se enmarquen en un modelo de función pública o burocrático local, y optar por disponer con carácter estable de puestos directivos estructurales que se provean a través de los sistemas de provisión de puestos de trabajo ordinarios, quedando constancia de ello en las respectivas relaciones de puestos de trabajo. Por consiguiente, el artículo 306 TRLMRLC debe enmarcarse en el contexto de la normativa básica en la cual se integra.

Resulta, por tanto, oportuno realizar una exégesis del citado artículo 306 TRLMRLC para poder así determinar hasta qué punto y con qué márgenes de

configuración normativa las entidades locales catalanas pueden desarrollar y crear, por tanto, estructuras directivas en sus propias entidades que se adecuen a tales premisas, definiendo asimismo qué déficits o anomias cabe identificar en tal regulación.

Tal como se ha dicho, el artículo 306 TRLMRLC regula el personal directivo, que tenía anteriormente la consideración de *personal eventual*; una figura que se importó, como también es sabido, del artículo 176.3 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local de 1986. Y cuya vigencia ofrecía dudas evidentes sobre su aplicabilidad tras la reforma de la función pública de 2007 y su refundición en 2015 (EBEP/TREBEP, respectivamente). Tras la modificación normativa expuesta, esa figura del personal eventual quedaba erradicada, como ya ha sido expuesto, de anclajes normativos generales para ser aplicada a las entidades locales catalanas en lo que a la provisión de puestos de personal directivo se refería, desplazando en consecuencia las previsiones del "antiguo" artículo 306 TRLMRLC. El campo de personal eventual se acotaba, por tanto, solo para funciones de asesoramiento político o de confianza especial, pero no para tareas directivas de contenido ejecutivo y, menos aún, aquellas que comportasen ejercicio de potestades públicas o de funciones de autoridad.

Y este punto es importante, dado que el "nuevo artículo 306" TRLMRLC se asienta en la regulación previa de ese mismo precepto, que tenía, sin embargo, una finalidad diferente. En efecto, no es lo mismo formalmente ni tampoco en cuanto a régimen jurídico que el personal directivo local se vincule con la respectiva Administración por medio de la figura del personal eventual, que a través de un sistema de dirección pública profesional en el que los márgenes de discrecionalidad política, aun existiendo, se ven más limitados, siquiera sea parcialmente. Pero no conviene llamarse a engaño: el modelo de dirección pública local que preveía la anterior normativa sigue teniendo un peso cultural, que actúa como hipoteca material a la hora de implantar efectivamente ese nuevo modelo de gradual profesionalización por el que parece apostar el nuevo marco normativo modificado del artículo 306 TRLMRLC. Con frecuencia se olvida, más en el análisis jurídico formal, el peso que las tradiciones culturales (o las patologías inherentes a los procesos de designación política) tienen en los comportamientos políticos e institucionales futuros, una vez se cambien formalmente las reglas del juego. En efecto, si el funcionamiento habitual de designación del personal eventual tenía históricamente una impronta más que evidente de vínculo político de confianza entre quien nombraba (presidente o alcalde de la entidad local) y el nombrado (directivo local), esa influencia no se quiebra tan fácilmente con una nueva regulación legal que impone exclusivamente algunas reglas, muchas de ellas

formales y otras de naturaleza material, para designar a tales directivos locales. Ello comportará que, en no pocos casos, el titular del órgano que designa esté inclinado a seguir *materialmente* (esto es, en cuanto a resultados) las mismas líneas de actuación que antaño le proveía el "viejo" modelo de personal eventual. De hacerse así (esto es, mediante una continuidad de prácticas de designación basada en la confianza, pero revestida de otras formas) se implantará una dirección pública profesional aparente, que formalmente lo parece, pero que realmente no lo es. No puede orillarse este riesgo, que es más que evidente por los escasos pasos que se han dado en la implantación normativa y práctica de este modelo de dirección pública denominado profesional, que al fin y a la postre tiene bastantes incentivos perversos para una reedición del procedimiento de libre designación o, en su caso, llevar a cabo un mestizaje turbio entre los procedimientos de libre nombramiento y remoción y los de libre designación.

Llama la atención asimismo que en este nuevo artículo 306 TRLMRLC no haya ni una sola referencia expresa al reconocimiento de la potestad normativa local para autorregular esa materia, partiendo de los principios establecidos en la ley. Es, sin duda, una omisión incomprensible, especialmente porque, tras la STS de 17 de diciembre de 2019, si algo debería pretender esa regulación legal autonómica era dar cobertura a las manifestaciones de la potestad normativa local que desplieguen la regulación específica del personal directivo en sus propias entidades. Sin embargo, aunque la omisión sea clamorosa, cabe entender que hay un reconocimiento implícito para que las entidades locales regulen la materia; ya que en ese "nuevo" artículo 306 TRLMRLC se esbozan lo que son las líneas básicas de un régimen jurídico que deberán respetar todos aquellos niveles de Gobierno que pretendan desarrollarlo normativamente, pues por sí mismo se trata de un régimen jurídico incompleto, que necesariamente requiere para su completud de una regulación de desarrollo local, no bastando a nuestro juicio un acuerdo del órgano plenario para pretender establecer las singularidades que en cada entidad local se deban prever en su aplicación.

No cabe duda de que hubiese sido mejor que se hubiera hecho referencia expresa a que las entidades locales catalanas desarrollarán por medio de sus potestades normativas y de autoorganización lo establecido en tal precepto. Pero no es hora de lamentarse, sino de buscar interpretaciones que sean coherentes y resuelvan los problemas que se puedan plantear en ese proceso de implantación de la figura del personal directivo en las entidades locales catalanas. Además, se diga o no expresamente, lo cierto es que esa normativa recogida en el artículo 102.2 de la Ley 5/2020 por la cual se modificaba la redacción hasta entonces vigente del artículo 306 TRLMRLC, tenía la finalidad

de dar cobertura a los reglamentos anteriormente dictados (siempre que se adecuen a las exigencias normativas establecidas) y a los que se pudieran dictar, cumpliendo ese papel de norma habilitadora, en este caso *de facto*, para que se regulara tal materia por las entidades locales catalanas. No cabe orillar que esa regulación pretendía en última instancia desactivar los efectos de la STS de 17 de diciembre de 2019, e impedir así que normativas anteriores o posteriores de las entidades locales pudieran ser anuladas por inexistencia de un paraguas legal que las amparara. De hecho, lo que principalmente vedó el Tribunal Supremo no era otra cosa que la posibilidad de que una entidad local regulara *per saltum* (esto es, sin norma legal o reglamentaria estatal o autonómica de cobertura) la figura de los directivos públicos por las Administraciones locales. Y, por tanto, si no intervenía previamente el legislador básico o autonómico, inclusive el Ejecutivo central o autonómico (lo cual era aún más sorprendente, como ya se ha dicho), previendo una regulación mínima que recogiera lo esencial del régimen jurídico de ese personal directivo y habilitara a llevar a cabo su desarrollo por parte del poder local, los riesgos de impugnación y de anulación de la normativa local eran altísimos. En suma, se adoptó así una política preventiva y de prudencia institucional que consistió en establecer ese marco normativo general, sin duda muy mejorable, pero que dotaba de cobertura formal al desarrollo reglamentario local ulterior y evitaba sustos indeseables. Por ello, y dada la escasa densidad normativa de la ley, se considera adecuado que las entidades locales procedan a su desarrollo, ya sea por modificación del ROM (reglamento orgánico municipal) o mediante un reglamento específico sobre personal directivo, pues proceder a convocar esas plazas mediante bases específicas o acuerdo plenario puede ofrecer ciertos riesgos, ya que se trata –como se viene insistiendo– de un marco normativo incompleto, que requiere concretarse, para lo cual están habilitados los Gobiernos locales. Puede caber la duda, no obstante, de si la expresión "instrumentos de ordenación" del personal directivo, como sustitutiva de las relaciones de puestos de trabajo, puede incorporar no solo la descripción, funciones y requisitos de los puestos directivos, sino también algunas reglas jurídicas que se introducirían dentro del concepto "ordenación", pero en tal caso dicho instrumento tendría valor normativo, también a efectos impugnatorios.

El modelo diseñado por el artículo 306 de la reiterada disposición normativa, lo diga o no lo diga ese artículo, conduce derechamente a que sea cada entidad local quien desarrolle normativamente el régimen organizativo e institucional de tal figura, pues al estar regulada ya en la ley (aunque de forma muy incompleta) cabe admitir que es perfectamente posible ese ejercicio de potestad normativa local, limitada obviamente por lo establecido en ese marco normativo autonómico y de conformidad con lo establecido en el pro-

pio TREBEP. Dicho de otro modo, la normativa reglamentaria que apruebe la entidad local no puede contradecir, como es obvio, ni la normativa básica (artículo 13 TREBEP), ni la legislación básica en materia de régimen local, ni tampoco la normativa autonómica (artículo 306 TRLMRLC), dado que su función es desarrollarlas de acuerdo con sus potestades normativas y de autoorganización propias, si bien, como cabe deducir por lo ya expuesto, los márgenes de configuración, dado que se trata de un régimen jurídico legal con poca densidad y con amplios espacios de configuración para las entidades locales, son materialmente bastante amplios. Aun así, no parecen advertirse riesgos de impugnación por medio del planteamiento de alguna cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, en el sentido de que el artículo 306 de la ley catalana vulnere el artículo 13 TREBEP, pues nada de eso sucede realmente, por lo que la opción del legislador catalán hay que leerla en clave de apoderar a las entidades locales para un mayor despliegue de sus potestades normativas y de autoorganización en la regulación de esta materia. Es una opción que tiene encaje, aunque una mayor densidad normativa, más en lo que respecta a aspectos del régimen jurídico de la figura, hubiese sido deseable para aquilatar mejor su introducción en el panorama institucional local.

Llama también la atención que, en el caso catalán, como así se hiciera en el supuesto vasco, el legislador autonómico en el ámbito local se ha anticipado a la legislación autonómica de empleo público, que en ambos casos aún no ha sido aprobada por sus respectivos Parlamentos, insertando un marco normativo sobre la función directiva profesional, aunque en ambos casos de potestativa aplicación, en la esfera del nivel local de Gobierno, cuando las respectivas Administraciones autonómicas seguían sin desarrollar para sus correspondientes estructuras el artículo 13 TREBEP. Esta paradoja, que no se repite en otros ámbitos territoriales (pues los casos de los cabildos y consejos insulares, así como de las diputaciones forales, no se pueden comparar por sus singularidades específicas), conlleva que las regulaciones vasca y catalana que en este trabajo se analizan representen unos modelos singulares de implantación *ex ante* de la dirección pública profesional, al menos desde la perspectiva normativa, frente a la realidad de otras comunidades autónomas que sí han desarrollado el EBEP por medio de leyes de función pública o de empleo público y que han establecido, por lo común, una regulación de la dirección pública profesional aplicable tan solo a las estructuras directivas de la función pública de la Administración autonómica, aunque en algún caso se admite su aplicación explícita o implícita al nivel local de Gobierno.

Un caso aparte y que en este estudio no puede ser analizado es el de los municipios de gran población y de régimen especial. En efecto,

conviene incidir en que si analizamos el diseño normativo e institucional de los órganos directivos de los municipios de gran población y de las diputaciones provinciales tal como está recogido en cada caso en la LBRL, cabrá concluir que ninguno de ellos hace referencia expresa al artículo 13 TREBEP, porque tal dirección pública en tales entidades locales no se califica de profesional, sino que engarza con la concepción de una dirección pública situada dentro de la evanescente noción de altos cargos, y a la que se adhieren solo una serie de requisitos o exigencias en su régimen jurídico. Tal como se ha dicho, el artículo 13 TREBEP, dadas su ubicación sistemática y la ley en la que se encuadra, establece una dirección pública profesional de puestos de trabajo de la alta función pública o del empleo público, por lo que no cabe incluir nunca en tal categoría a aquellos niveles orgánicos que se hallan dentro de esa noción de alto cargo, y sí a los órganos directivos de subdirección general o asimilados. Dicho de otro modo, el legislador catalán también podría haber optado –algo que con buen sentido no hizo– por reproducir ese modelo de dirección pública politizado o de nombramientos discrecionales, salvo en las exigencias establecidas en la norma básica (artículos 32 bis y 130 LBRL). Esta opción normativa refuerza la profesionalidad de la dirección pública local en Cataluña, y representa así un paso importante en esta vía.

En todo caso, en el artículo 306.1 TRLMRLC, con la impronta del artículo 13 TREBEP (al igual que le pasaba al modelo vasco de dirección pública profesional local), se advierte el peso de la concepción subjetiva de la dirección pública a la que antes hacíamos referencia, descartando la dimensión objetiva (como órgano directivo), que hubiera sido sin duda más atinada. Sin embargo, el problema no es tanto del legislador catalán (o del vasco) sino, como ya se ha apuntado, de un enfoque equivocado adoptado por el legislador básico de empleo público; esto es, de la propia dicción del artículo 13 TREBEP. En efecto, partiendo de ese enunciado normativo, ha primado la concepción subjetiva (personal directivo), en cuanto que ese personal se vincula con la Administración por medio de un *nombramiento* o mediante *contrato laboral de alta dirección.* Algo que ya se ha dicho no sucede en el ámbito de los municipios de gran población y no tiene por qué suceder necesariamente en las diputaciones. Una alternativa que conduce derechamente a analizar si quien accede a esas funciones directivas es funcionario, personal laboral o un externo. Por ejemplo, si el medio de vinculación es mediante un contrato laboral de alta dirección es obvio que tales personas, a pesar de que sean titulares de un órgano directivo, no pueden ejercer potestades públicas o funciones de autoridad; lo cual es un límite muy importante en el desarrollo de un modelo de implantación de órganos directivos en las estructuras locales,

algo que no sucede con los altos cargos de otras Administraciones públicas ni tampoco con los titulares de órganos directivos de los municipios de gran población (en Cataluña, actualmente, este régimen solo lo tiene el Ayuntamiento de L'Hospitalet de Llobregat).

Además, la regulación de la ley catalana tiene algunos agujeros o anomias que pueden ser una fuente futura de problemas o, al menos, de dificultades e inseguridades a la hora de aplicar ese régimen jurídico a supuestos concretos o puntuales. En efecto, quedan sin precisar algunas cuestiones de régimen jurídico que se aplicarán a tales directivos públicos en los casos de nombramientos de funcionarios; por ejemplo, las situaciones administrativas; lo cual no es un dato menor, sobre todo, tal como ya se ha expuesto, si se quiere aplicar la situación de servicios especiales a quienes cubran tales niveles directivos, y respetar así su retorno a sus puestos de origen o de similares características. Y, efectivamente, este tema es muy relevante, pues tal anomia normativa, aparte de generar problemas de aplicación puntuales por requerir una interpretación que a veces puede no ser compartida por los tribunales de justicia, podría generar una suerte de efecto de desaliento para que funcionarios públicos, sea de la propia entidad (aunque esto puede resolverse más fácilmente) o de otras entidades locales, o de diferentes Administraciones públicas, asuman tales funciones directivas. Quedarse en el limbo o con futuras dudas de retorno a la Administración de origen o de inserción en la Administración de destino no es una buena opción para incentivar vocaciones directivas en el ámbito local de gobierno. Esta es una materia que, como ya se ha hecho en algunas comunidades autónomas, debe resolver la ley de función pública autonómica[27]. En realidad, sin una intervención previa del legislador básico o de desarrollo, la situación administrativa en la que permanecerá quien sea nombrado personal directivo de la Administración municipal (al menos en el régimen jurídico del personal

27. Ver, por ejemplo, artículo 129 de la Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana, que reenvía en este punto a la normativa básica, que no era, en principio, de inmediata aplicación hasta la aprobación de la normativa de desarrollo. Esta ley contiene, asimismo, una de las más extensas y depuradas regulaciones de la función directiva denominada como "profesional"; pero, en línea con Generalitat Valenciana (2016), reconoce el libre cese como una facultad discrecional del órgano designante de los titulares de órganos directivos, lo cual cierra cualquier posibilidad real de diferenciar ese procedimiento de designación, al menos en cuanto al cese respecta, del tradicional procedimiento de libre designación, y niega por tanto la esencia de la función directiva profesional, que no admite ceses más que por incumplimiento de los resultados de gestión o por finalización del mandato (ver: artículo 27.2). La normativa valenciana se aplica también al ámbito local de gobierno, pero la regulación del personal directivo se focaliza más en el personal directivo de la Administración de la Generalitat, aunque extiende su aplicabilidad al personal directivo local, si bien no especifica sus singularidades.

funcionario, y del laboral si está asimilado por convenio) será la de servicio activo. Tal como se ha dicho, el problema fundamental no es tanto quienes sean nombrados directivos entre los funcionarios del ayuntamiento (aspecto que se podría regular por el propio reglamento), sino quienes procedan de otras Administraciones públicas, dada la imposibilidad material de extender sus efectos aplicativos a tales entidades.

En todo caso, junto a los aspectos críticos expuestos, sí cabe resaltar en términos más positivos que en esta regulación legal se refuerzan, en línea con lo expuesto anteriormente, las potestades de autoorganización del ayuntamiento, y concretamente de la presidencia de la entidad, aunque reservando (como ya se hacía en el marco regulatorio anterior) competencias importantes al pleno, que es el órgano competente para definir el instrumento de ordenación diferenciado de la relación de puestos de trabajo, pero que difícilmente en sí mismo podrá tener carácter normativo (al establecerse ese paralelismo con las relaciones de puestos de trabajo). Tal vez la expresión "ordenación" podría amparar que en tal instrumento se recogieran algunas precisiones de régimen jurídico; pero si se define reglamentariamente (en lo que sea de su ámbito de actuación) tal régimen jurídico, esa opción es superflua. Efectivamente, lo más operativo es que sea el propio reglamento orgánico o el reglamento regulador de esa figura directiva (con anclaje en una regulación mínima en el reglamento orgánico) el que establezca el alcance del régimen jurídico del personal directivo y *ordene* normativamente tal cuestión, sin perjuicio de dejar un margen de detalle a lo que prevea ese instrumento de ordenación diferenciado de las relaciones de puestos de trabajo ordinarias, en línea, por ejemplo, con lo establecido en el artículo 36 de la Ley vasca de Instituciones Locales, antes analizado.

Quizás uno de los puntos más relevantes de esa regulación legal que lleva a cabo el "nuevo" artículo 306 TRLMRLC radique en que la selección y provisión de puestos de trabajo reservados al personal directivo se hará de acuerdo con una serie de principios, que son los recogidos en el artículo 13 TREBEP. En este punto la ley catalana no innova nada y sigue a pies juntillas lo establecido por el legislador básico en lo que a principios se refiere. Sí que puede tener un componente innovador la distinción entre selección y provisión de puestos de trabajo, una distinción que parece sugerir (aunque no se sabe si esa fue la intención del legislador) que la cantera de candidatos puede ser, según de determine, "externa" (selección) o "interna" (provisión de puestos de trabajo). La cuestión clave en esta dicotomía está, al parecer, en determinar hasta qué punto en estos casos se garantiza el principio de libre concurrencia; o dicho de otro modo, si esa concurrencia es interna o admite participación de externos. No parece, sin embargo, que sea una cuestión de

compleja resolución: tanto si se proveen los puestos de niveles directivos entre funcionarios de la organización como si se abren a profesionales de otras Administraciones públicas o a externos, se estaría respetando el principio de libre concurrencia, en un caso de circuito cerrado (ya que existe capital directivo interno y no se considera necesario buscarlo fuera) y en otro de circuito abierto.

En todo caso, el uso del concepto de selección no parece ser el más adecuado y puede resultar equívoco, pero es el que utiliza la norma catalana, y difícilmente cabrá apartarse de esa denominación (al estar recogida en una norma con rango de ley); tal vez cabría matizarla en la propuesta reglamentaria que desarrolle cada entidad local. Según el contexto normativo y una interpretación sistemática y gramatical del precepto, tal como se ha expuesto parece derivarse la idea de que por selección cabe entender aquel supuesto en que el ayuntamiento abre la convocatoria de cobertura de la plaza directiva tanto a personal propio como a personal externo (procedente de otras Administraciones públicas o, incluso, del mercado), mientras que por provisión de puestos cabría entender que la cobertura de ese nivel directivo se realiza entre personas o profesionales de la propia Administración municipal. Aun así, no está nada clara la distinción, ya que en la provisión de puestos de trabajo también cabe abrir tales puestos a personas de otras Administraciones públicas a través de la movilidad interadministrativa, si así se previera en el instrumento específico de ordenación que recogiera el catálogo de niveles directivos existentes en la organización.

La redacción del nuevo artículo 306 TRLMRLC ha incorporado la necesidad (como así preveía también el legislador vasco) de llevar a cabo, antes del nombramiento o de la contratación, un procedimiento de acreditación de competencias (que podría estar implícito en los sistemas de selección o provisión de tales puestos directivos), dentro de las exigencias para desempeñar tales niveles directivos municipales, tal como se dirá a continuación. La norma catalana ha optado por poner el acento en los requisitos de titulación exigidos para poder desempeñar tales niveles directivos locales (grado o postgrado) y prescindir de regular los aspectos principales del sistema de acreditación de competencias, más allá de prever una cláusula general que se enuncia del siguiente modo: “En los procedimientos se debe acreditar y verificar que los aspirantes están en posesión de las competencias profesionales exigidas”. El grado de habilitación para su libre determinación por las entidades locales es muy elevado. La clave, por tanto, estará, por un lado, en cómo se desarrolle normativamente esta cuestión a través de la potestad normativa local (o cómo se concrete en el *instrumento de ordenación del personal directivo*), y, por otro, con qué herramientas de gestión (monogra-

fías de niveles directivos o estructuras de órganos directivos) cuenta cada entidad local a efectos de concretar qué competencias (como predictores para identificar si los candidatos las acreditan) se deberán desplegar para el desarrollo adecuado de las funciones asignadas a cada nivel directivo, y sobre todo cómo acreditarlas y a través de qué órganos. Todas esas cuestiones, ciertamente centrales en el diseño de la institucionalización del modelo de dirección pública local, se dejan plenamente abiertas a la regulación ulterior o concreción por cada nivel local de Gobierno, lo que dará lugar con toda probabilidad a sistemas de dirección pública local en Cataluña de geometría variable.

La exigencia específica que también se contiene en ese marco normativo catalán es la de que quien pretenda acceder al ejercicio de funciones directivas en el ámbito local de gobierno deberá disponer de una titulación universitaria de grado o postgrado (una exigencia que puede ser liviana o más dura, según se concrete en cada modelo singular). Con ello se pretende atenuar algo el amateurismo que se ha dado en el ejercicio de niveles de responsabilidad en algunos Gobiernos locales. No obstante, poseer ese tipo de titulaciones poco o nada acredita sobre las competencias y la experiencia que cada persona tenga. En cualquier caso, a quien sea titular de un nivel directivo que tiene como función principal dirigir equipos de profesionales, muchos de ellos cualificados o de alta cualificación, es razonable que se le exija un mínimo de formación académica que acredite que dispone de unos conocimientos y de un lenguaje que pueda ser canal efectivo de interlocución con los niveles técnicos de la organización.

También tiene trascendencia la permanencia en el cargo (en la norma catalana se denomina "inamovilidad", en todo caso temporal y condicionada) mientras se obtengan resultados adecuados en las evaluaciones de gestión (siempre que se hagan; esto es, la norma las prevé, pero el problema será aplicarlas y especialmente que sean efectivas), que se prolongará hasta el momento en el cual cese la persona titular de la alcaldía que le nombró, salvo que por el alcalde anterior o quien le suceda se proceda a prorrogar "discrecionalmente" el nombramiento o, en su caso, a convocar otro procedimiento "selectivo" o de provisión. En el ámbito normativo catalán, no se ha terminado de trasladar el modelo más racional del País Vasco antes examinado, que comporta incluso la extensión del mandato del directivo hasta el 31 de diciembre del año en que se produzcan las elecciones y la constitución de la nueva corporación (artículo 40.11 LILE), un sistema que prevé reforzar la estabilidad y permanencia de las estructuras directivas más allá de los ciclos políticos inmediatos, y garantizar una convivencia temporal entre estructuras directivas profesionales y el nuevo equipo de gobierno, en su caso, que puede

servir como medio de reforzar la confianza entre titulares de órganos políticos y directivos, garantizando así la permanencia de las políticas públicas locales.

En fin, esa regulación de la ley catalana, con los claroscuros ya expuestos, supone, no obstante, un paso adelante para intentar salvar el enorme escollo que supuso la doctrina del Tribunal Supremo derivada de la reiterada sentencia de 17 de diciembre de 2019. Además, cabe aplaudir que en ese marco normativo catalán se abogue por una concepción de profesionalización de la función directiva que, como hemos visto, no deriva necesariamente del artículo 32 bis LBRL, al menos por lo que a la dirección pública de las diputaciones respecta. Y de ese modo daba la cobertura mínima a los entes locales para la regulación por una disposición normativa propia de una estructura directiva profesional en su respectivo nivel de Gobierno. Pero, tal como se ha dicho, a pesar del nuevo marco normativo alumbrado, quedan aún muchas incógnitas por resolver.

6
Conclusiones

Así las cosas, el recurso a esta figura del personal laboral con una relación de alta dirección plantea muchas preguntas: ¿Puede haber un titular de un órgano directivo sin ejercicio de potestades públicas? ¿En qué se diferencia el régimen jurídico de ese personal directivo del personal eventual, entonces? A la primera pregunta ya se ha dado respuesta en estas páginas. Y a la segunda cuestión, la respuesta es que formalmente ambos son regímenes jurídicos distintos, pero también en lo que se refiere a la aplicación subsidiaria del derecho de la función pública en el caso del personal eventual, mientras que el personal laboral de alta dirección se rige por el régimen especial que en esa normativa prevé el derecho del trabajo. Pero, ante la regulación legal, tanto básica como autonómica, hay que presumir que caben las dos opciones para cubrir niveles directivos locales, nombramiento de funcionarios o contratación de personal laboral de alta dirección; por consiguiente, vínculo funcionarial o relación laboral especial; cuando lo más razonable, tal como se ha expuesto en los modelos legales vasco y catalán de dirección pública profesional local, hubiera consistido en crear órganos directivos y regular el nombramiento de sus titulares (independientemente de la condición previa de funcionario o laboral de la Administración o externo a ella de quien fuera nombrado). Cabe insistir en que el problema no deriva tanto del legislador catalán o vasco (o de cualquier otro legislador autonómico) sino del mal diseño normativo del legislador básico estatal de empleo público, que no supo diferenciar entre órga-

nos directivos y régimen jurídico de quienes accedían a ellos en función de su condición previa. Este error de diseño legal, clamoroso donde los haya, está teniendo consecuencias muy serias, tanto en su desarrollo normativo como en la aplicación (muchas veces muy poco atinada o generando confusión) que muchos de los tribunales de justicia (incluido el Tribunal Supremo) hacen de este problema.

Sin duda, hubiese sido mejor precisar que los titulares de los órganos directivos (como sucede con los altos cargos de otras Administraciones), una vez nombrados, independientemente de su origen o condición, ejercieran las funciones propias del órgano directivo. La mala regulación del artículo 13 TREBEP ha condicionado los modelos legislativos autonómicos, conduciéndolos a un callejón sin salida. ¿Podía haberse apartado de esa lectura e interpretación de la legislación básica? Según nuestro criterio, ello hubiese sido (y sigue siendo) posible. Cabe realizar una interpretación sistemática y finalista de la norma básica, previendo órganos directivos para la Administración municipal propiamente dicha, cuya cobertura se realice por funcionarios públicos de la propia o distintas Administraciones públicas, salvo que el reglamento orgánico del ente local previera excepcionalmente y de forma motivada en qué casos tales órganos, en función de las características específicas de sus cometidos funcionales, podrían también ser cubiertos por personas que no tuvieran la condición de funcionarios públicos (tal como hizo en su día el artículo 130 LBRL, en seguimiento de lo que establecía entonces la LOFAGE para las direcciones generales de la AGE y hoy en día recoge la LRJSP), pero sin que ello implique en este último caso que el vínculo deba ser laboral. Aunque esa lectura del problema no deja de trasladar técnicas propias de una falsa profesionalización de las estructuras directivas de altos cargos a las estructuras directivas locales de naturaleza profesional. Pero no es un problema irresoluble, pues puede tener coherencia ese modelo.

Y también hubiera sido mucho más acertado circunscribir la aplicación del régimen laboral especial de alta dirección solo al personal directivo de entidades del sector público local en que, por sus cometidos estatutarios y la estructura de sus plantillas, tuviera un mejor encaje tal relación laboral, siempre que en tales niveles directivos y en esas entidades no se desarrollaran funciones de autoridad o potestades públicas. En realidad, lo mejor sería circunscribir la figura del personal directivo en régimen laboral de alta dirección al sector público empresarial o fundacional local. Con esta solución se hubiera podido mejorar cualitativamente el marco regulador. Adviértase que el personal de tales entidades instrumentales empresariales y fundacionales queda extramuros de la aplicación del TREBEP, por lo que la coherencia de aplicar ese régimen singular de alta dirección a ese personal sería mayor que

el diseño actual del artículo 13 TREBEP, pues ese precepto –como ya se ha expuesto– no se incluye en la aplicación limitada que a ese sector público empresarial y fundacional prevé la disposición adicional primera del TREBEP.

En cualquier caso, como se ha visto, ni el legislador autonómico catalán o vasco ni los demás legisladores autonómicos de función pública han querido o han sabido separarse de la desafortunada regulación del artículo 13 TREBEP, que –tal como se ha reiterado– no concibe la dirección pública como organización, sino que la vincula al personal directivo y a su condición previa a la designación (personal funcionario o laboral) como factor determinante de su régimen jurídico. En todo caso, se puede intentar corregir ese enfoque, sin vulnerar la ley, en la propuesta de reglamento orgánico que cada entidad local formule o apruebe; pero siempre hubiese sido mucho mejor tener la cobertura legal mucho más clara y precisa para implantar un régimen jurídico de la dirección pública que se asentara principalmente en el enfoque organizativo, sin perjuicio de que se regulen aspectos de régimen jurídico común aplicable a los titulares de tales órganos.

Hay, en todo caso, un problema de enfoque: si se quiere regular correctamente la función directiva hay que partir de que se trata de un problema organizativo, y, por tanto, regular órganos directivos y, acto seguido, el régimen jurídico de quienes ostenten la condición de titulares de tales órganos; pues quienes son titulares de órganos directivos de la Administración por definición ostentan aquellas potestades públicas inherentes a tales órganos. Los entes locales pueden regular su "organización", pero su margen de maniobra en el ámbito del régimen jurídico es muy estrecho. Por eso, hubiese sido recomendable una ley más precisa en este ámbito. La ley catalana confunde o mezcla organización con régimen jurídico, y así puede generar desconcierto y dificultades adicionales a la hora de determinar la aplicación de algunas de sus reglas.

La solución puede estar en el ejercicio de las potestades normativas por parte de las diferentes entidades locales al objeto de definir o concretar aquellos aspectos que han quedado vacíos o simplemente poco regulados en esa normativa. Pero ello, si no se hace razonablemente bien (esto es, de forma razonada y adecuada a la legalidad), puede abrir de nuevo el frente de las impugnaciones judiciales. Por tanto, dada la existencia de este riesgo, y de que los tribunales de justicia habitualmente comprenden mal este problema (que no es tanto jurídico, sino especialmente conceptual y con una fuerte dimensión organizativa), es importante regular bien e incorporar una exposición de motivos detallada que tenga asimismo un contenido explicativo o pedagógico sobre cuáles son los fines de la misma y las razones en las que se fundamenta.

Hay que advertir, en cualquier caso, que en esta regulación legal del nuevo artículo 306 TRLMRLC no hay una opción clara y contundente por la *profesionalización* de la función directiva, aunque se dan pasos efectivos en ese camino, cuya concreción definitiva dependerá de lo que haga cada entidad local. Hay algunos avances y también ciertas dudas. Todo dependerá de cómo se aplique; esto es, si se hace con voluntad de innovación y de captar talento directivo o con vocación de continuidad "remozada". Los riesgos de esta última opción son más que evidentes, ya que la (mala) concepción de que esos niveles directivos son espacios organizativos a la libre disposición de la política está aún muy arraigada en las mentalidades de quienes ejercen el poder local.

7. Bibliografía

Castillo Blanco, F. A. (2009). El Estatuto Básico del Empleado Público: ¿Hasta dónde llegan las bases? (El sistema de empleo público en un gobierno multinivel). En R. Gómez-Ferrer Morant, E. Desdentado Daroca, L. Ortega y F. A. Castillo Blanco. *El control de la legalidad urbanística. El Estatuto Básico del Empleado Público* (pp. 247-289). Sevilla: IAAP.

Generalitat Valenciana. (2016). *Informe para la modificación de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana*. Valencia: Generalitat Valenciana.

Grupo de análisis y propuesta de reformas en la Administración Pública. (2021). *13 propuestas para reformar la Administración del Estado*. Madrid: INAP.

INAP. (2005). *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público* (Estudios Goberna INAP). Madrid: INAP.

Jiménez Asensio, R. (2009). *El personal directivo en la Administración local*. Barcelona: CEMICAL/Diputación de Barcelona.

Mauri Majós, J. (2020). La situación del personal directivo de las diputaciones provinciales después de la STS de 17 de diciembre de 2019: alternativas de interpretación y propuestas de regulación. *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), 54, 12-65.

El impacto de la reforma laboral en los entes locales

Alfonso Esteban Miguel[1]

Profesor en el Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social[2]. Instituto de Derecho Local – Universidad Autónoma de Madrid

1. Introducción

2. La modificación de los contratos temporales como eje de la reforma laboral: la incidencia en el empleo público local

2.1. La desaparición del contrato de obra o servicio determinado: nuevas modalidades contractuales específicas del sector público

2.2. El nuevo contrato de duración determinada por circunstancias de la producción

2.2.1. El contrato por circunstancias de la producción ocasionales e imprevisibles (modalidad larga)

2.2.2. El contrato por circunstancias de la producción ocasionales y previsibles (modalidad corta)

2.3. La interinidad: el nuevo contrato de sustitución

3. Los riesgos en la gestión de la contratación temporal para los entes locales

3.1. Nuevas reglas en la concatenación de contratos temporales

3.2. Las irregularidades en la contratación temporal en el empleo público. ¿La desaparición de la figura del indefinido no fijo como consecuencia de la reforma laboral?

3.3. La reforma de los contratos temporales: ¿hacia un incremento de la temporalidad funcionarial en los entes locales?

4. El impulso del contrato fijo-discontinuo

5. La reforma de la negociación colectiva

6. Incidencia de la reforma en las medidas de regulación de empleo en el sector público

7. A modo de conclusión

8. Bibliografía

Artículo recibido el 25/09/2022; aceptado el 09/10/2022.

1. alfonso.esteban@uam.es – ORCID ID: 0000-0001-6879-802X.

2. Contrato cofinanciado por el Ministerio de Universidades, Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y la Universidad Autónoma de Madrid, en el marco de las Ayudas Margarita Salas para la formación de jóvenes doctores (Ref. CA1/RSUE/2021-00850).

Resumen

La reforma laboral, operada por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, ha incidido en el régimen jurídico aplicable al personal laboral de los entes locales. Son varios los cambios introducidos por esta norma, como, por ejemplo, la modificación sustancial de la regulación de la contratación temporal, que afecta tanto al sector privado como al público. Pero también contiene medidas específicas para la Administración, como la articulación de modalidades contractuales exclusivas para los empleadores públicos o la derogación de la regulación específica de los despidos colectivos en el sector público. En este artículo se dará cuenta de forma detallada de las modificaciones que se han producido en la regulación laboral y que han tenido impacto en los entes locales.

Palabras clave: *reforma laboral; entes locales; empleador público; contratación temporal; negociación colectiva.*

The impact of labor reform on local authorities

Abstract

The labor reform, implemented by Royal Decree-Law 32/2021, of December 28, has affected the legal regime applicable to the labor staff of local authorities. There are several changes introduced by the new legislation, inter alia, the substantial modification of the regulation of temporary employment with impact on both the private and public sectors. The reform also contains specific measures for the public administration, such as the regulation of exclusive contractual modalities for public employers or the repeal of the specific regulation of collective dismissals in the public sector. This article explores those changes with a great impact on local authorities.

Keywords: labor reform; local authorities; public employer; temporary hiring; collective bargaining.

1
Introducción

El 2021 ha sido un año de grandes reformas en materia de empleo público, encaminadas a atajar la elevada temporalidad cronificada e injustificada en el sector

público. Así, se ha aprobado la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (en adelante, Ley 20/2021)[3], que ha modificado la regulación de los funcionarios interinos establecida en el art. 10 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP)[4]; ha añadido una nueva DA 17.ª, que contiene medidas dirigidas al control de la temporalidad y, en concreto, una compensación económica para el personal laboral temporal cuando se incumplan los plazos máximos de contratación; y ha regulado unos procesos extraordinarios de estabilización del empleo temporal. Además, se ha realizado una profunda reforma laboral por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (en adelante, RDL 32/2021)[5], que ha incidido, especialmente, en la regulación de la contratación temporal.

Una de las características fundamentales de la reforma laboral, operada por el RDL 32/2021, es que ha sido fruto de un pacto entre los agentes sociales y el Gobierno[6]. Esta circunstancia tiene dos derivadas importantes. Por un lado, dota a la reforma de una estabilidad apoyada tanto por empresarios como por trabajadores, pero, por otro, es confusa a la hora de regular ciertas materias controvertidas y de difícil consenso entre todas las partes. De esta forma, su mayor fortaleza también se ha convertido en su principal debilidad[7].

El principal objetivo de la reforma del RDL 32/2021 es corregir la excesiva temporalidad del mercado de trabajo. Si bien es cierto que se centra especialmente en el sector privado, tiene un gran impacto en las Administraciones públicas y, concretamente, en los entes locales, donde la temporalidad es mayor. Para conseguir este objetivo el legislador ha realizado una reforma importante en materia de contratación. Por ejemplo, ha suprimido el contrato de obra o servicio determinado, ha redefinido las causas y los límites del resto de contratos temporales y, además, ha apostado decididamente por el contrato fijo-discontinuo.

Pero el RDL 32/2021 no se ha centrado exclusivamente en normas aplicables tanto al sector privado como al público, sino que contiene disposicio-

3. BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021.
4. 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 de octubre de 2015).
5. BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021.
6. La mesa para la modernización de las relaciones laborales estuvo compuesta por representantes de las organizaciones UGT, CCOO, CEOE y CEPYME y por los ministerios de Trabajo y Economía Social; Inclusión, Seguridad Social y Migraciones; y Asuntos Económicos y Transformación Digital.
7. Gordo González (2022a: 1).

nes que tienen como destinario exclusivo al empleador público. A este respecto se ha derogado la DA 16.ª del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET)[8], que regulaba el despido por causas empresariales en el sector público, o ha establecido un nuevo contrato de duración determinada en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia financiado por fondos de la Unión Europea.

Asimismo, la reforma ha modificado algunas normas de la negociación colectiva, que pueden tener incidencia en el empleo público local.

Todas estas novedades introducidas por el RDL 32/2021 que tienen impacto en los entes locales como empleadores serán analizadas con detalle en este trabajo.

2
La modificación de los contratos temporales como eje de la reforma laboral: la incidencia en el empleo público local

Los entes locales en su condición de empleadores públicos pueden utilizar cualquier contrato laboral de los regulados en el Estatuto de los Trabajadores para contratar a su personal laboral, según se establece en el art. 11.1 EBEP. En principio, pueden recurrir a cualquiera de las modalidades contractuales temporales del art. 15 ET, siempre y cuando esté justificada una causa de temporalidad.

El RDL 32/2021, como se ha adelantado, ha reformado en profundidad la estructura y el contenido de la contratación temporal. Algunas modificaciones han sido limitadas, por ejemplo, cambiando la denominación del contrato, pero otras han supuesto una verdadera transformación en la regulación de la modalidad contractual, por ejemplo, el nuevo contrato por circunstancias de la producción.

Sin embargo, la reforma no solo ha incidido en la regulación de los contratos de trabajo comunes o aplicables tanto al sector privado como al público, también ha introducido unas normas específicas para el sector público en relación con la contratación temporal, como, por ejemplo, la posibilidad de contratar de forma temporal cuando la financiación del contrato esté vinculada a programas de carácter temporal de fondos de la Unión Europea o de activación para el empleo.

8. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015).

En este apartado se dará cuenta de todas las novedades que se han producido por la reforma laboral de 2021 con incidencia para los entes locales como empleadores, tanto en los contratos temporales estructurales como en aquellos específicos aplicables exclusivamente a entes del sector público.

2.1 La desaparición del contrato de obra o servicio determinado: nuevas modalidades contractuales específicas del sector público

Una de las novedades más llamativas del RDL 32/2021 ha sido la derogación del régimen del contrato de obra o servicio determinado, que tenía una gran incidencia en la contratación de los entes locales. Como es sabido, la regulación de esta modalidad contractual tenía como causa justificativa la identificación de una obra o un servicio con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad del empresario, y una duración temporal y previsiblemente incierta, pero con un tope máximo de 3 años.

La regulación del contrato de obra o servicio determinado era común para los empresarios privados y públicos[9]. No obstante, este tipo de contrataciones presentaban ciertas particularidades cuando la empleadora era una Administración, teniendo en cuenta su singular actividad. A este respecto, la jurisprudencia había establecido que si la contratación estaba vinculada a un servicio cuya prestación estaba garantizada por una norma, el ente local no podía utilizar esta modalidad contractual, al tratarse de una actividad permanente[10]. Sin embargo, no ha habido obstáculo para determinar la licitud de esta contratación temporal en actividades normales o habituales de entes públicos, pero donde se apreciaban las notas de individualización y temporalidad. Por ejemplo, un proyecto de investigación[11].

Una de las cuestiones más controvertidas relativas a la celebración de los contratos de obra o servicio determinado fue la posibilidad de utilizar esta modalidad contractual supeditada a la disponibilidad presupuestaria o las subvenciones anuales. En un primer momento, los tribunales mantuvieron una postura favorable a esta situación, pero posteriormente se consideró que no era posible la utilización de esta modalidad para contratar a un

9. Sobre la regulación del extinto contrato de obra o servicio determinado y las especialidades en la Administración, *vid.* Jurado y Ramos (2021: 131 y ss.).
10. SSTS de 19 de marzo de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:9507) y de 25 de noviembre de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:7831).
11. STS de 6 de marzo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:1729).

trabajador dependiendo de la financiación interna o externa como elemento de la causa de temporalidad. De esta forma, el Tribunal Supremo ha venido entendiendo en los últimos años que la existencia de una subvención no es un elemento decisivo y concluyente para la validez de un contrato temporal causal. La licitud de la contratación temporal no puede depender exclusivamente de la existencia de una subvención, porque es obvio que también pueden financiarse servicios permanentes en los entes públicos mediante subvenciones. Para justificar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinado, este debía reunir consistencia, individualidad y sustantividad propias, siendo necesario que el objeto fuese intrínsicamente temporal y se encontrara suficientemente identificado[12].

Así las cosas, el contrato de obra o servicio determinado cumplía una función importante para los entes locales, aunque no pudiera hacerse coincidir con financiación externa según la comentada doctrina del Tribunal Supremo. El legislador, consciente de estas circunstancias y con el objetivo de cubrir el vacío que ha dejado la supresión del contrato de obra o servicio determinado en el sector público, ha optado por dos soluciones. Por un lado, ha ampliado el objeto del contrato por circunstancias de la producción tanto para el sector privado como para el público, antiguo contrato eventual, que se analizará con detalle en el siguiente epígrafe. Por otro, ha regulado nuevas modalidades contractuales exclusivas para el sector público.

La primera de estas modalidades contractuales es la definida en la DA 5.ª RDL 32/2021, que establece que las entidades que integran el sector público pueden suscribir contratos de duración determinada siempre que se encuentren asociados a la estricta ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia o para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea. Dichos contratos se limitan al tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos. Como ha apuntado parte de la doctrina[13], este tipo de contratos recuerda al derogado contrato de obra o servicio determinado que permitía la ejecución de programas temporales.

Esta nueva modalidad contractual queda condicionada, como no podía ser de otro modo, al respeto de los principios constitucionales de acceso al empleo público. Además, la propia disposición establece que debe producirse en los términos establecidos por la Ley 20/2021. Esta remisión es

12. Entre otras, las SSTS de 9 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4285), de 4 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4443) y de 4 de marzo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:853).
13. Gordo González (2022a: 7) y Roqueta Buj (2022b: 56).

llamativa porque dicha norma tiene una afectación reducida al régimen del personal laboral. Algunos autores han mantenido que dicha remisión realmente se produce exclusivamente a la DA 17.ª5 EBEP[14], que regula las consecuencias del incumplimiento de los plazos máximos de los contratos laborales temporales.

La cuestión que se plantea en este punto es la naturaleza de este contrato y, en concreto, si tiene un límite temporal. Caben dos opciones. La primera, que se corresponda con alguna de las modalidades contractuales del art. 15 ET; el problema es que no encaja en ninguna de las causas de temporalidad contempladas en dicho artículo[15]. La segunda alternativa es entender que se trata de una modalidad contractual diferenciada sujeta a término[16].

Esta última teoría plantea otra duda, y es que en la DA 5.ª RDL 32/2021 no se contempla ningún período máximo para este tipo de contratos, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos para el nombramiento de funcionarios interinos para la ejecución de programas de carácter temporal previstos en el art. 10.1 c) EBEP. Por tanto, la inexistencia de un periodo máximo establecido legalmente llevaría a que su duración máxima coincida con el periodo de financiación. Esta interpretación puede ser contraria a la postura mantenida por el Tribunal Supremo respecto de que el contrato temporal debe responder a una verdadera causa de temporalidad y no a la sujeción de la financiación, como se ha analizado anteriormente. A su vez, puede producirse una concatenación abusiva de contratos temporales y ser contraria a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (en adelante, Acuerdo Marco)[17].

En cambio, si se entiende que la remisión se realiza a la Ley 20/2021 en su conjunto y, en particular, al régimen de los funcionarios interinos para la ejecución de programas de carácter temporal, la interpretación necesariamente es la de asimilar la duración de ambos regímenes. Por tanto, la duración máxima de los contratos será de 3 años[18].

La segunda modalidad temporal específica para el sector público se encuentra recogida en una nueva DA 9.ª del Texto Refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, incorporada por la DF 2.ª del RDL 32/2021, donde se regula un nuevo contrato vinculado a programas de activación para el empleo. Así, las

14. Gómez Caballero (2022: 445).
15. De la Puebla Pinilla (2022: 34).
16. Beltrán de Heredia (2022: 260).
17. DOCE núm. 175, de 10 de julio de 1999.
18. Roqueta Buj (2022b: 56-57).

Administraciones públicas y, en su caso, las entidades sin ánimo de lucro, podrán realizar contratos para la mejora de la ocupabilidad y la inserción laboral en el marco de los programas de activación para el empleo, cuya duración no podrá exceder de doce meses. En el supuesto de que las personas trabajadoras sean mayores de 30 años podrán ser contratadas mediante el contrato formativo previsto en el art. 11.2 ET[19].

Esta nueva modalidad contractual viene a ocupar el vacío que deja la derogación de los contratos por obra o servicio, utilizados por los entes locales para formalizar sus programas de fomento del empleo[20]. La única cuestión conflictiva que se plantea es la limitación temporal de un año a este tipo de contratos, ya que los planes de empleo solían tener una duración superior. De esta forma, se tendrán que ajustar los planes a la nueva duración de estos contratos.

2.2
El nuevo contrato de duración determinada por circunstancias de la producción

Una de las medidas más significativas introducidas por el RDL 32/2021 en los contratos temporales estructurales ha sido la supresión del contrato eventual por circunstancias de la producción establecido en el anterior art. 15.1 b) ET, y la configuración de un nuevo contrato de duración determinada por circunstancias de la producción, que ahora queda regulado en el art. 15.2 ET. No cabe duda de que esta nueva modalidad contractual viene a ocupar el puesto que deja vacante el contrato eventual, pero también pretende cubrir algunas circunstancias que deja vacías la derogación del contrato de obra o servicio[21].

Una de las novedades que presenta este nuevo contrato para circunstancias de la producción es que diferencia entre dos modalidades distintas. Por un lado, podrá celebrarse cuando concurran circunstancias ocasionales e imprevisibles, y por otro, cuando se den circunstancias ocasionales y previsibles de reducida duración. La doctrina iuslaboralista ha denominado la primera como modalidad larga, y la segunda, como modalidad corta[22].

19. Estos contratos también han sido objeto de modificación en la reforma laboral del RDL 32/20212, sustituyendo los tradicionales contratos formativos por una única modalidad con dos variantes, de formación en alternancia y para la obtención de la práctica profesional. Además, han establecido nuevas garantías en materia de jornada y salario. *Vid.* un estudio de los nuevos contratos formativos en Pérez del Prado (2022).
20. Gordo González (2022a: 8).
21. Goerlich Peset (2022: 37).
22. Gordo González (2022a: 3).

2.2.1
El contrato por circunstancias de la producción ocasionales e imprevisibles (modalidad larga)

El objeto del nuevo contrato por circunstancias de la producción es atender "el incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones, que aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, siempre que no respondan a los supuestos incluidos en el artículo 16.1"[23].

La primera de las causas justificativas contempladas en el contrato por circunstancias de la producción responde al incremento ocasional e imprevisible de la actividad normal de la empresa que no puede ser atendido por su plantilla habitual. Esta circunstancia debe ser coyuntural y no podrá celebrarse para atender situaciones que se produzcan de forma cíclica. Ello porque estos escenarios de necesidades cíclicas deben ser atendidos por trabajadores fijos discontinuos, como establece de forma explícita el propio art. 15.2 ET.

Por otro lado, este contrato podrá emplearse también para una "acumulación de tareas" que provoca una desproporción entre el trabajo que se ha de realizar y el personal disponible, incluso aunque el volumen de trabajo se mantenga dentro de los límites de normalidad[24].

Este desequilibrio puede producirse por diferentes motivos como, por ejemplo, una existencia de déficit estructural de plantilla o cuando se dé la circunstancia de que el personal fijo se encuentre disfrutando de vacaciones o permisos, creando un déficit coyuntural de plantilla.

En el primero de los supuestos, el ente local no dispone del número de funcionarios o trabajadores fijos suficientes en plantilla para acometer toda la actividad normal. En este caso concurre la particularidad de que la Administración pública está sometida a un procedimiento reglamentario para crear y cubrir las plazas necesarias que puede demorarse en el tiempo y no es posible dar una respuesta rápida con la contratación indefinida, como ocurre en el caso de la empresa privada. Por tanto, existe una causa de eventualidad que justifica la utilización de este contrato temporal por acumulación de tareas.

Esta singularidad del contrato de circunstancias de la producción para cubrir necesidades estructurales ya había sido admitida por la jurisprudencia para las Administraciones públicas con la anterior regulación, que era más restrictiva. El Tribunal Supremo había concluido que era "lícito el que la Ad-

23. Art. 15.2 ET.
24. En este supuesto, parte de la doctrina ha apuntado que no exige que concurra la nota de "imprevisibilidad", pero debe quedar fuera de una situación cíclica. Roqueta Buj (2022b: 62 y 63).

ministración acuda a los contratos de trabajo eventuales para remediar, en la medida de lo posible, esa situación"[25].

No obstante, la doctrina mayoritaria ha mostrado sus dudas con esta posición jurisprudencial al entender que se está admitiendo el recurso de un contrato temporal sobre la base de una causa no externa y objetiva, sino subjetiva referida a la propia Administración[26]. En este sentido, se está permitiendo que el empleador público utilice la contratación temporal para la cobertura de necesidades permanentes que debería haber previsto con antelación, debiendo haber realizado los trámites necesarios para dotarse de la estructura de personal idónea.

En todo caso, admitiendo la posibilidad de utilizar esta modalidad contractual para cubrir el déficit de plantilla, únicamente se podrá utilizar el contrato por circunstancias de la producción cuando se dé el hecho de que todas las plazas contempladas en la plantilla estén cubiertas de forma definitiva[27]. De no ser así, el déficit estructural debe cubrirse mediante contratos de sustitución[28], que se analizarán más adelante.

En segundo lugar, es posible la contratación por circunstancias de la producción cuando exista un déficit de plantilla porque el personal fijo esté disfrutando de vacaciones o permisos. Esta modalidad es una novedad de la regulación del contrato por circunstancias de la producción, que, como se verá más adelante, no está exenta de críticas. El art. 15.2 ET habilita de forma específica esta circunstancia al disponer que "entre las oscilaciones a que se refiere el párrafo anterior se entenderán incluidas aquellas que derivan de las vacaciones anuales".

Esta habilitación específica contrasta con la doctrina del Tribunal Supremo que había mantenido que no concurría la causa real de los contratos eventuales respecto a las vacaciones anuales de los trabajadores de plantilla. Ello porque la ausencia por vacaciones de los trabajadores fijos era una circunstancia plenamente previsible y conocida por la Administración, que debía dar respuesta con la plantilla fija al volumen de actividad. Por tanto, no era ajustada a derecho la cobertura temporal de funciones de personal que estaba disfrutando de vacaciones mediante contratos eventuales, porque no se producía la excepcionalidad que debe acreditarse para la celebración de este tipo de contratos[29].

25. Entre otras, las SSTS de 17 de junio de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:4706), 21 de enero de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:196), 7 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:8976), 9 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:6544) y 10 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3833).
26. Jurado y Ramos (2021: 135) y Sala y Altés (2008: 64).
27. Lahera Forteza (2001: 50).
28. Entre otras, las SSTS de 6 de mayo de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:3087) y de 16 de mayo de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:3123).
29. STS de 10 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3833).

Tras la reforma laboral puede interpretarse que no solo desaparece esa excepcionalidad, sino que se habilita de forma concreta la circunstancia de las vacaciones, permitiendo la celebración de este tipo de contratos. Sin embargo, parte de la doctrina ha puesto en duda que pueda utilizarse esta modalidad contractual para cubrir sistemáticamente las vacaciones del personal, y no solo en aquellas ocasiones donde se produzcan por un desajuste imprevisible y temporal[30]. Esta última interpretación iría en la línea mantenida por el Tribunal Supremo[31]. En este sentido, el empresario público debe planificar su actividad anual con el personal fijo y atendiendo a las vacaciones como una variable previsible, porque es un derecho del trabajo que será disfrutado de forma anual. Seguramente esta indefinición de la norma, y posible incoherencia, responde a lo que se apuntaba al principio de este trabajo de que la norma ha sido fruto de la negociación y fue difícil llegar a un consenso en esta cuestión con una mayor definición.

Dicho esto, la utilización de esta modalidad exige la concurrencia real de dicha causa, no pudiéndose esgrimir por parte de la Administración de forma genérica la concurrencia de las vacaciones de los trabajadores de plantilla. Siendo necesario consignar en el contrato, o acreditar por otros medios, la identidad del trabajador o trabajadores sustituidos y las causas de sustitución[32].

En todo caso, el contrato por circunstancias de la producción en su modalidad larga, independientemente de la circunstancia justificativa, está sometido a la duración máxima de seis meses. Desaparece de esta forma el período de referencia que contemplaba el anterior contrato eventual y que generaba muchas controversias. El periodo máximo de seis meses puede ser ampliado por convenio colectivo sectorial, alcanzando un máximo de doce meses. Sin embargo, esta ampliación está vetada para la Administración, que no puede verse afecta por convenios colectivos donde no ha sido parte negociadora[33].

En caso de que el contrato se hubiese concertado por una duración inferior a la máxima legal, podrá prorrogarse una única vez mediante acuerdo de las partes, y siempre y cuando la duración total del contrato no exceda la dura-

30. Gordo González (2022a: 4) y Moreno Vida (2022: 119).

31. STS de 18 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TE:2022:2011): "Con independencia de las modalidades que en cada momento autorice el legislador, se asienta sobre la existencia de necesidades no permanentes de mano de obra, ya que cuando tales necesidades derivan de la actividad habitual y estructural de la empresa, continuada o intermitente, se impone, de manera imprescindible, la contratación indefinida".

32. Roqueta Buj (2022a: 143), con apoyo en las SSTS de 12 de junio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:4643) y de 26 de marzo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1819).

33. Entre otras, las SSTS de 21 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1548), 9 de julio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2638), 13 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3488) y 3 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4203).

ción máxima. En este sentido, el contrato por circunstancias de la producción requiere necesariamente de un término que rija su vigencia, al margen de la duración de las circunstancias que lo justificaron. Por tanto, es necesario que se especifique siempre en el contrato un término o someterse al término máximo establecido legalmente[34].

2.2.2
El contrato por circunstancias de la producción ocasionales y previsibles (modalidad corta)

Una nueva modalidad del contrato por circunstancias de la producción es aquella que se formaliza para atender situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada, que se fija en el propio art. 15.2 ET en un máximo de noventa días en el año natural. Este cómputo anual es independiente de las personas trabajadoras que sean necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, que deberán estar debidamente identificadas. El precepto utiliza como elemento subjetivo de cómputo la empresa, lo que debe trasladarse en el ámbito de la Administración al ente local en su conjunto, sin que sea posible establecer diferencias dentro de su estructura[35].

Esta modalidad, al igual que la modalidad larga, está prevista para tareas ocasionales, pero pueden ser previsibles. Y deben serlo, porque es necesario que el empleador traslade a la representación legal de las personas trabajadoras una previsión anual de uso de estos contratos en el último trimestre de cada año. Esta circunstancia puede generar dificultades en los entes locales de pequeño tamaño que carezcan de representación legal de los trabajos. Sin embargo, la doctrina ha entendido que, al tratarse de una obligación de información y no de negociación, parece adecuado entender que podrán utilizar esta modalidad singular del contrato por circunstancias de la producción[36].

2.3
La interinidad: el nuevo contrato de sustitución

El RDL 32/2021 también ha reformado el contrato de interinidad, modificando su nombre y denominándolo contrato por sustitución. Sin embargo, pocas

34. Roqueta Buj (2022a: 147).
35. STS de 18 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2011).
36. Gordo González (2022a: 4).

son las novedades que introduce esta nueva regulación. En este sentido, se mantienen las dos causas justificativas de este tipo de contratos: por un lado, la cobertura de una vacante, y por otro, la sustitución de una persona trabajadora con reserva del puesto o con reducción de la jornada.

Con relación a la primera causa, el art. 15.3 ET establece que "el contrato por sustitución podrá ser también celebrado para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo", manteniendo el límite de tres meses que contemplaba el contrato de interinidad por vacante para las empresas privadas. Asimismo, la DA 4.ª RDL 32/2021 ha conservado la duración ilimitada para las entidades del sector público. Esta especialidad en la duración máxima del contrato en la Administración se justifica porque el proceso de cobertura definitiva de plazas en estos entes debe respetar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Dicha duración ilimitada, sujeta a la duración del proceso de selección, debe ser interpretada según la misma disposición en "los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público". Nuevamente se encuentran los mismos problemas interpretativos que en el supuesto de los contratos sujetos al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia o financiados por fondos europeos. Como ya se ha analizado, dicha norma no contempla plazos máximos de permanencia del personal laboral temporal, a diferencia de los funcionarios interinos, para los que marca un máximo de tres años en los supuestos de cobertura de una vacante. De esta forma, no queda claro si el contrato de sustitución para cubrir una vacante tiene un plazo máximo.

Una interpretación de ambas disposiciones junto con el art. 70.1 EBEP, que dispone que la ejecución de la oferta de empleo público deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años, sugiere que el vínculo del contrato de sustitución por vacante quede condicionado por ese margen temporal[37].

No obstante, hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo ha entendido que el plazo de tres años no opera de modo automático para declarar la irregularidad de la relación y la conversión del contrato de interinidad como indefinido. Tal declaración solo procede cuando se aprecie fraude de ley o abuso en la contratación del personal temporal[38].

37. Beltrán de Heredia (2022: 254).
38. SSTS de 24 de abril de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1506), 6 de febrero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:517) y 15 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1887).

Respecto a la segunda causa, se produce cuando una persona trabajadora tenga reserva de la plaza. La reforma ha introducido una flexibilización que permite que la persona sustituta y la sustituida coincidan el tiempo imprescindible para garantizar el desempeño adecuado del puesto de trabajo. Este tiempo se encuentra limitado a quince días, pero es un tiempo suficiente para que la persona sustituta pueda aprender la dinámica del trabajo de la persona que ha estado realizando esas tareas. De esta forma, se recoge una demanda de los empleadores privados y, especialmente, de los empleadores públicos que no tenían margen para que la persona que se incorporaba adquiriera el conocimiento necesario para que el servicio no se viera afectado por la sustitución.

3
Los riesgos en la gestión de la contratación temporal para los entes locales

3.1
Nuevas reglas en la concatenación de contratos temporales

Dentro de las medidas para reducir la temporalidad crónica de las relaciones laborales, tanto en el ámbito privado como en el público, el RDL 32/2021 ha modificado la regla de la concatenación de los contratos establecida en el art. 15.5 ET. Esta medida pretende restringir la sucesión de contratos temporales, aunque estos tengan una causa válida. Por tanto, estos supuestos entran dentro de la legalidad de la norma que regula las modalidades temporales, y no son contrataciones que adolezcan de irregularidades. Así, actualmente existen dos tipos de concatenación de contratos temporales: una personal y otra vinculada al puesto de trabajo.

Una de las singularidades en la institución de la concatenación de contratos recogida en el art. 15.5 ET cuando la Administración es la empleadora, y que permanece inalterable tras la reforma del RDL 32/2021, es que para su cálculo solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones públicas, sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculados o dependientes de estas[39]. Esta norma rompe con la unidad del sector público y considera de forma aislada cada ente público como empleador independiente.

39. DA 15.ª ET.

Volviendo a las dos modalidades de concatenación de contratos temporales, la referente a la concatenación personal establece que las personas trabajadoras que en un periodo de veinticuatro meses hubieran estado contratadas durante un plazo superior a dieciocho meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupos de empresas, mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, adquirirán la condición de personas trabajadoras fijas.

La novedad en este supuesto no solo se produce en la reducción del plazo, que se disminuye de veinticuatro a dieciocho meses, o en el periodo de cómputo, que se aminora de treinta a veinticuatro meses, sino que la aludida norma solo hace referencia a los contratos por circunstancias de la producción. El legislador ha optado por esta redacción al desaparecer el contrato por obra o servicio, ya que el contrato de interinidad o los contratos formativos siempre han estado excluidos del cómputo de esta institución. Sin embargo, ello puede generar una desprotección de los empleados públicos laborales, porque no se contemplan aquellas modalidades contractuales temporales específicas del ámbito público[40], que se han analizado anteriormente.

Con el objetivo de evitar una conducta que se había generalizado para no consolidar al personal temporal, pero manteniendo contrataciones temporales con diferentes trabajadores, el legislador ha incluido una nueva modalidad de concatenación que tiene en cuenta el puesto de trabajo. Así, la persona trabajadora adquirirá la condición de fija cuando el puesto de trabajo haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de dieciocho meses en un periodo de veinticuatro meses, mediante contratos por circunstancias de la producción. Nuevamente, en este supuesto se producen los mismos problemas apuntados para la concatenación personal, al referirse exclusivamente a los contratos por circunstancias de la producción. En todo caso, esta previsión tiene relevancia para los entes locales porque limita una práctica extendida para cubrir una necesidad sin que se llegara a la consolidación del personal contratado. Ahora estas necesidades deberán tenerse en cuenta a la hora de crear y dotar una plaza de forma permanente.

Por último, hay que advertir que la fijeza como consecuencia de la concatenación de contratos no es posible en los empleadores públicos, por lo que la conversión se realizará como indefinido no fijo, con las matizaciones que se harán en el siguiente apartado.

40. De la Puebla Pinilla (2022: 37) y Gordo González (2022a: 6 y 7).

3.2
Las irregularidades en la contratación temporal en el empleo público. ¿La desaparición de la figura del indefinido no fijo como consecuencia de la reforma laboral?

El RDL 32/2021, además de modificar el régimen jurídico de los distintos contratos temporales estructurales, ha reforzado las medidas disuasorias para su incumplimiento. De esta forma, ha previsto que la vulneración de lo establecido en la regulación de la contratación temporal suponga la condición de fijeza de la persona trabajadora. Además, exige que se determine con precisión en el contrato la causa de temporalidad que permita la utilización de estas modalidades contractuales[41]. La ausencia de dicha concreción también supondrá un incumplimiento que provocará la indefinición de la relación[42].

No obstante, como es bien sabido, las consecuencias de las irregularidades en la contratación temporal cuando el empleador es público han sido moduladas por la jurisprudencia mediante la figura del personal indefinido no fijo, que permite la permanencia en su puesto, pero hasta la cobertura reglamentaria de la plaza o su amortización.

La figura del indefinido no fijo ha sido muy controvertida desde su inicio, si bien es cierto que esta figura ha cumplido una función importante de intento de conciliar dos ramas del ordenamiento jurídico, la laboral y la administrativa, con finalidades distintas e incluso contrapuestas. De esta forma, el Derecho del Trabajo defiende el derecho a la estabilidad del trabajador en el puesto de trabajo frente a cualquier actuación irregular del empleador, mientras que el Derecho Administrativo hace prevalecer los principios de acceso al empleo público como garantía de buena administración y del derecho de cualquier ciudadano a acceder en condiciones de igualdad a un puesto en la Administración. Esta dicotomía es la base de la creación jurisprudencial de los trabajadores indefinidos no fijos en el año 1996 como respuesta a las irregularidades en la contratación del personal laboral en las Administraciones públicas[43]. De esta forma, el contrato de trabajo del personal afectado por estas irregularidades se calificaría como indefinido, pero sin adquirir la condición de fijo de plantilla.

Sin embargo, esta figura no solo se ha aplicado como respuesta a la contratación temporal en fraude de ley o con graves irregularidades, sino tam-

41. Art. 15.1 ET.
42. Art. 15.4 ET.
43. STS de 7 de octubre de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:5360).

bién, como se ha apuntado anteriormente, en el caso de la superación del límite al encadenamiento de contratos temporales o en el supuesto de cesión ilegal de trabajadores.

Esta solución jurisprudencial se trasladó a la legislación quince años después de su creación, en concreto al Estatuto de los Trabajadores[44]. De esta forma, el apartado primero de la DA 15.ª ET dispuso que la duración máxima de los contratos temporales y los límites al encadenamiento de dichos contratos "surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público".

En el segundo párrafo se estableció que "en cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo". De este modo, el legislador reguló la figura del indefinido no fijo sin denominarlo así, pero incluyendo el concepto que había venido manejando la jurisprudencia.

La figura del indefinido no fijo se introdujo posteriormente en otras normas distintas. Así, el legislador incluyó, en la DA 43.ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018[45], una exigencia de responsabilidad para aquellas Administraciones que utilizaran la contratación temporal de forma irregular. Una disposición relevante, porque no se limitaba a la vigencia anual de los presupuestos, sino que se configuró como una disposición de vigencia indefinida. De esta forma, se estableció expresamente que las Administraciones "velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo", y "no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo". Con ello el legislador pretendió evitar las irregularidades en la contratación irregular temporal y limitar al máximo las conversiones de contratos temporales a indefinidos no fijos.

Unida a esta medida de exigencia de responsabilidad, el legislador, en las leyes de Presupuestos Generales del Estado desde el año 2018, ha incluido una medida para regularizar al personal indefinido no fijo, excepcionando su

44. El art. 1.6 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE núm. 227, de 18 de septiembre de 2010) modificó la DA 15.ª ET añadiendo dos nuevos apartados.

45. Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (BOE núm. 161, de 4 de julio de 2018).

cómputo del cálculo máximo de la tasa de reposición, siempre y cuando las plazas estuvieran ocupadas por "personal declarado indefinido no fijo por sentencia judicial"[46].

Sin embargo, la finalidad de las normas para evitar las irregularidades en la contratación y, por tanto, la conversión de personal laboral temporal en indefinido no fijo, no se cumplió. Probablemente, por un lado, por la tibieza de las medidas sancionadoras, que nacieron con exigencias de responsabilidad declarativas, pero que no se materializaron de forma expresa en ningún instrumento normativo, sino que se dejaron al desarrollo de cada Administración. Y, por otro, por las medidas presupuestarias restrictivas, que no han permitido una incorporación del personal necesario con normalidad. Es más, como se ha apuntado, las medidas presupuestarias que permitían una cierta relajación de la norma de la tasa de reposición solo se producían de forma *ex post*, cuando ya se había cometido la irregularidad y se había transformado el contrato en indefinido no fijo.

En esta evolución del indefinido no fijo, el legislador en las reformas de 2021 ha acometido unas modificaciones en el EBEP y en la DA 15.ª ET, que han llevado a parte de la doctrina a defender la desaparición a corto plazo de esta figura[47]. En este sentido, por un lado, el legislador ha articulado procesos extraordinarios de estabilización de empleo público temporal para intentar buscar un nuevo punto de partida donde la temporalidad se sitúe en parámetros aceptables. Y, por otro, ha incluido una nueva DA 17.ª EBEP[48], donde ha optado por sustituir la conversión en trabajador indefinido no fijo por una compensación económica establecida para el personal laboral temporal que supere los plazos máximos de permanencia contemplados en la norma laboral. Esta cuantía es independiente de la indemnización que, en su caso, corresponda por la extinción de su contrato, pero que será compensada por esta. Así, la cuantía que el trabajador reciba consistirá en la diferencia entre el máximo de veinte días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le corresponda percibir por la extinción de su contrato, incluso en los casos en que sea reconocida en vía judicial. De esta forma, el trabajador que vea extinguido su contrato de trabajo por este motivo recibirá la misma cantidad que por la extinción de la relación del indefinido no fijo por amortización de la plaza o por cobertura reglamentaria de esta[49].

46. Por ejemplo, el art. 19.Uno.7 Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, o el art. 19.Uno.6 c) Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

47. Roqueta Buj (2022a: 121) y Nieto Rojas (2022: 34).

48. Disposición añadida por el art. 1.tres de la Ley 20/2021.

49. Aunque la jurisprudencia no ha sido siempre unánime a la hora de determinar la indemnización que debía percibir el trabajador declarado indefinido no fijo por la extinción de su relación, en la actualidad es pacífica en que esa indemnización es de 20 días de salario por

Pero el legislador no solo ha dispuesto una compensación económica para estos supuestos, sino que ha incluido la declaración de nulidad de cualquier "acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento y desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal". De esta forma, el contrato temporal que supere el máximo legal permitido será nulo, dando derecho a la compensación económica en lugar de a la conversión en indefinido no fijo[50].

Sin embargo, esta última interpretación de la medida introducida en la DA 17.ª EBEP entraba en contradicción con el contenido de la DA 15.ª ET, apuntada anteriormente. Por ello, la DA Única.2 del RDL 32/2021 ha derogado el apartado primero de dicha disposición del Estatuto de los Trabajadores, dotando de coherencia a la reforma del empleo público temporal y eliminando la cobertura legal de la figura del indefinido no fijo en la norma laboral.

Llegados a este punto cabe preguntarse si la figura del indefinido no fijo ha perdido o perderá su vigencia. A este respecto, por un lado, hay que apuntar que la DA 17.ª EBEP solo se aplica a los contratos temporales irregulares o a la superación del límite legal del encadenamiento de contratos temporales, no así a la cesión ilegal de trabajadores del art. 43 ET. Para estos supuestos no se ha articulado ninguna medida en la reforma del Estatuto de los Trabajadores.

Por otro lado, es necesario analizar si la nulidad del contrato y la concesión de la compensación económica establecida por las reformas de 2021 son unas medidas preventivas y, en su caso, disuasorias para el empleador público, y compensatorias para el trabajador afectado por las irregularidades en la contratación, como exige la cláusula 5.ª del Acuerdo Marco.

La compensación económica como medida adecuada para sancionar la utilización abusiva de la contratación temporal genera muchas dudas, ya que el legislador ha optado no solo por equiparar la compensación económica de la DA 17.ª EBEP a la indemnización contemplada por un despido objetivo, sino que la primera será compensada por la cuantía recibida como concepto de indemnización por la terminación contractual. De ahí que no se aprecie claramente la sanación al empleador público que infrinja la legislación labo-

año trabajado tanto en el supuesto de amortización de la plaza como en el caso de cobertura reglamentaria de la misma (entre otras, la STS de 24 de junio de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:3081] para el primer supuesto, y la STS de 28 de marzo de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:1414] para el segundo).

50. Roqueta Buj (2022a: 123). A este respecto es interesante el análisis realizado por Beltrán de Heredia (2022: 247 y ss.) diferenciando la nulidad contractual o la ineficiencia contractual sobrevenida *ex lege* y su aplicación a las distintas situaciones que se presenten en las diferentes modalidades contractuales temporales.

ral. Una alternativa hubiese sido equiparar la compensación económica contemplada en la DA 17.ª EBEP a la establecida para los despidos calificados como improcedentes, y que fuera independiente de la posible indemnización otorgada por la norma laboral.

Habrá que esperar a ver la interpretación que realiza la doctrina judicial sobre esta cuestión. A este respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 3 de junio de 2021 (asunto IMIDRA)[51], ha establecido que "la asimilación de dicho personal [empleados públicos] con relaciones de servicio de duración determinada a los 'trabajadores indefinidos no fijos' podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de los dispuesto en el Acuerdo Marco". Además añade que una indemnización por extinción del contrato no es una medida que permita alcanzar el objetivo perseguido por el Acuerdo Marco de prevenir los abusos de la utilización de sucesivos contratos temporales. Todo ello porque el abono de una indemnización por finalización de contrato es independiente del carácter ilícito o abusivo de la utilización de este tipo de contratos.

Todo lo anterior conduce a concluir que es muy aventurado afirmar la desaparición en un futuro cercano de la figura del indefinido no fijo.

3.3
La reforma de los contratos temporales: ¿hacia un incremento de la temporalidad funcionarial en los entes locales?

Tradicionalmente, las causas y el régimen jurídico del nombramiento de interinos y de contratados temporales han sido similares[52]. Coincidían las situaciones habilitantes para poder contratar de forma temporal al personal laboral y nombrar funcionarios interinos. Aunque la denominación de "interinos" pudiera llevar a confusión, la realidad es que el régimen de estos englobaba toda la casuística de las modalidades contractuales temporales.

Sin embargo, en este periodo de reformas se han ido separando los regímenes laboral y funcionarial; aunque la aprobación del Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, y la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, mantuvieron la paridad de las causas que justificaban la temporalidad de los em-

51. ECLI:EU:C:2021:439.
52. Gordo González (2022a: 2).

pleados públicos, tanto funcionarios como laborales, el RDL 32/2021, como se ha visto, ha introducido novedades que limitan la utilización de las modalidades contractuales temporales para el personal laboral, y que se distancian del régimen jurídico funcionarial.

Con esta regulación, como ha apuntado la doctrina iuslaboralista[53], puede producirse una derivación de la contratación temporal laboral al nombramiento de funcionarios interinos, por la mayor flexibilidad de régimen jurídico de estos últimos. En este sentido, como se ha apuntado, el reformado art. 10.1 EBEP permite el nombramiento de funcionarios interinos para la ejecución de programas de carácter temporal con una duración de hasta 3 años, que puede ser ampliable a 12 meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del EBEP. Además, contempla la posibilidad de nombrar interinos de carácter eventual para "el exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de nueve meses, dentro de un periodo de dieciocho meses". Todo ello, unido a que en el EBEP no se contemplan medidas como la concatenación de contratos temporales para prevenir el abuso de renovaciones de relaciones de servicios de duración determinada en el ámbito funcionarial, puede hacer más atractivo este régimen en términos de flexibilidad.

4
El impulso del contrato fijo-discontinuo

El legislador ha modificado de forma sustancial el art. 16 ET, que regula el contrato fijo-discontinuo, con el objetivo de fomentar la utilización de este tipo de contratos como alternativa a las modalidades contractuales temporales, que deben ser la excepcionalidad en la contratación laboral, tanto en el sector privado como en el público. Así, sobre este último ha introducido una habilitación expresa para la celebración de este tipo de contratos en la DA 4.ª RDL 32/2021. Sin embargo, el fomento de esta modalidad contractual puede encontrar problemas en los entes locales. Esto es debido al importante papel que se ha reservado a la negociación colectiva sectorial en la nueva configuración de esta modalidad contractual. Y es que, como ya se ha mencionado anteriormente, el empleador público no se ve afectado por los convenios colectivos sectoriales.

La nueva regulación del contrato fijo-discontinuo establece que "se concertará para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no

53. Roqueta Buj (2022a: 116).

tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados"[54]. Como puede apreciarse, la nueva regulación del contrato fijo-discontinuo ha unificado el tradicional personal fijo-discontinuo, cuando su actividad no se repetía en fechas ciertas, y el personal fijo-periódico, cuando en el servicio pueden definirse unas fechas ciertas de actividad, pero no ha ampliado los supuestos de utilización de este tipo de contrato. Asimismo, y en coherencia con lo anterior, el legislador ha derogado de forma expresa el art. 12.3 ET, que regulaba el contrato fijo-periódico.

Uno de los problemas que se identifican a la hora de utilizar esta modalidad contractual es la posible coincidencia con la causa de temporalidad del contrato por circunstancias de la producción. La ampliación del ámbito de aplicación del art. 15.2 ET para el contrato por circunstancias de la producción en su modalidad larga puede coincidir con la esfera del contrato fijo-discontinuo.

Para solucionar esa eventual coincidencia, hay que aplicar el principio de excepcionalidad de la contratación temporal. Por tanto, toda coincidencia en el campo de aplicación de ambas modalidades debe resolverse a favor de la contratación fija-discontinua. Así, el Tribunal Supremo ha entendido que el contrato fijo-discontinuo responde a una situación ordinaria y normal con reiteración, mientras que la contratación temporal debe utilizarse exclusivamente cuando exista una situación transitoria, imprevisible y fuera de cualquier reiteración[55].

Sin embargo, más compleja es la diferencia entre el contrato fijo-discontinuo y el contrato por circunstancias de la producción en su modalidad corta. Estos supuestos deben ser resueltos atendiendo a la reiteración anual. Si existe una reiteración anual deben formalizarse contratos fijos-discontinuos[56].

Una de las singularidades del contrato fijo-discontinuo es el llamamiento antes de cada período de actividad. Una novedad respecto de la normativa anterior es que pueden ser tanto los convenios colectivos como los acuerdos de empresas los que establezcan los criterios objetivos y formales para regular el llamamiento. En la regulación anterior los llamados a ejercer esta regulación

54. Art. 16.1 ET.

55. Entre otras, las SSTS de 26 de octubre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5072) y de 18 de septiembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2021:6323).

56. Sala Franco (2022: 14) y Gordo González (2022a: 9). Sin embargo, no es una cuestión pacífica en la doctrina. Otros autores sostienen que ambas modalidades contractuales coinciden y solo será posible diferenciarlas por la duración máxima de los contratos. Es decir, que los contratos por circunstancias de la producción no superen los noventa días discontinuos anuales. Cavas Martínez (2022: 131-132).

eran solo los convenios colectivos. Ello permite una mayor flexibilidad que va a favorecer a los entes locales como empleadores.

Por el contrario, el papel que el legislador ha dado a la negociación colectiva para desarrollar el contrato fijo-discontinuo puede generar muchos problemas en su aplicación en los entes locales[57]. Esta medida, que ha sido valorada positivamente para el sector privado, sin embargo, deja un vacío en el desarrollo para el empleador público, porque, como se ha adelantado, la Administración no puede verse afectada por acuerdos en los que no ha sido parte negociadora.

Son tres las materias que han sido reservadas a la negociación colectiva sectorial. En primer lugar, solo los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán establecer una bolsa de empleo donde se integren las personas trabajadoras fijas-discontinuas durante los periodos de inactividad. Una medida que podía ser positiva para los entes locales, pero que no podrán hacer uso de ella por su falta de regulación normativa.

En segundo lugar, los convenios colectivos sectoriales podrán acordar la celebración de contratos fijos-discontinuos a tiempo parcial. Por tanto, la Administración tampoco podrá celebrar estos contratos a tiempo parcial. En este caso, la gestión de los entes locales como empleadores se complica, porque hay actividades que pueden requerir de contratación a tiempo parcial.

Por último, otra materia reservada a los convenios colectivos sectoriales es el establecimiento de periodos mínimos de llamamiento anual y una cuantía por fin de llamamiento a satisfacer por las empresas, cuando este coincida con la terminación de la actividad y no se produzca, sin solución de continuidad, un nuevo llamamiento. Lo cierto es que esta última cuestión no afecta a los entes locales, porque por su naturaleza no tiene encaje en la Administración. En principio, no es posible que en el seno de la Administración se reconozca una indemnización al margen de las previstas legalmente.

5
La reforma de la negociación colectiva

Otro de los objetivos de la reforma laboral del RDL 32/2021 ha sido modificar la negociación colectiva. Han sido tres los cambios relevantes en esta materia. En primer lugar, se han modificado las reglas de concurrencia entre convenios. En segundo lugar, se ha establecido una regulación específica sobre el convenio colectivo aplicable en materia de subcontratación. Y, por

57. Gordo González (2022a: 11).

último, se ha reformado la ultraactividad de los convenios. Las dos primeras modificaciones no tienen trascendencia para los entes locales, que cuentan con sus propias normas. Sin embargo, los empleadores públicos quedan condicionados por la nueva regulación de la ultraactividad.

El RDL 32/2021 ha revertido la regulación aprobada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, eliminando el periodo de un año de ultraactividad de los convenios colectivos contemplado en el antiguo art. 86.3 ET[58]. De esta forma, se recupera la ultraactividad indefinida de las cláusulas normativas del convenio colectivo una vez que ha sido denunciado, sin que las partes hubieran alcanzado un acuerdo en la negociación de un nuevo convenio. La reforma mantiene que las partes negociadoras puedan establecer la duración de los convenios, incluso eventualmente pactar distintos periodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio.

Por otra parte, también ha sido modificado el mecanismo de solución de discrepancias en caso de no alcanzarse un acuerdo para renovar un convenio. El art. 86.4 ET, tras la reforma del RDL 32/2021, determina que, "transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio, las partes deberán someterse a los procedimientos de mediación regulados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83, para solventar de manera efectiva las discrepancias". En este sentido, la nueva redacción del precepto hace más imperativo acudir a estos mecanismos de solución. Sin embargo, nuevamente, estos mecanismos dejan fuera al sector público, porque la Administración no suele formar parte de los diferentes organismos de solución de conflictos. Aunque esta posibilidad queda abierta en el art. 45 EBEP[59].

6
Incidencia de la reforma en las medidas de regulación de empleo en el sector público

Por último, dentro de las modificaciones o medidas establecidas en el RDL 32/2021 es necesario hacer referencia a las medidas temporales y estructurales de gestión del empleo. En la reforma laboral de 2021 se han modificado los ERTE y se han regulado de manera específica los Mecanismos Red.

58. Para más detalle *vid.* Gordo González (2022b).
59. Gordo González (2022a: 13).

La necesidad de aplicar los ERTE a los entes del sector público y a determinados servicios de la Administración se puso especialmente de manifiesto en la crisis sanitaria de la COVID-19. Fueron muchos los servicios que no pudieron prestarse con normalidad durante esa etapa y muchos los entes instrumentales que vieron reducidos notablemente sus ingresos[60]. Sin embargo, la DA 17.ª ET impidió que los entes del sector público acudieran a estas medidas de flexibilidad en la gestión del empleo. A pesar de lo anterior, tras la reforma laboral de 2021, el legislador ha mantenido dicha exclusión.

Por otro lado, el RDL 32/2021 ha incidido directamente en la regulación de los despidos colectivos en la Administración derogando la DA 16.ª ET, donde se contemplaban las normas aplicables a los despidos por causas empresariales y se realizaba una definición especial de las causas económicas, técnicas y organizativas para el sector público[61]. Es llamativo que en el extenso preámbulo de la norma no se haga referencia a dicha derogación ni se aporte luz a la incertidumbre en la que quedan estas medidas extintivas en el ámbito público. En este sentido, hay que remarcar que este régimen especial fue añadido en la reforma de 2012, dando más seguridad a los entes públicos para acudir a estos mecanismos. Sin embargo, previa a esta autorización expresa anterior, se había generalizado la idea de que no había impedimento legal para que los entes del sector público acudieran a los despidos colectivos[62].

Aunque es posible que se plantee la eventual prohibición de esta medida al sector público, una vez derogada la DA 16.ª ET, lo cierto es que no hay ninguna exclusión expresa en la ley, como sí ocurre con las medidas de regulación de empleo temporales según la DA 17.ª ET[63].

Esta derogación lo que sí provoca es una vuelta a la situación normativa anterior al 2012. De esta forma, aquellos entes locales que se vean obligados a realizar despidos deberán regirse por lo contemplado en los arts. 51 y 52 ET, y aplicar el procedimiento del Título I del Reglamento de los despidos colectivos[64]. Ello es posible que dificulte el proceso de extinción a los entes locales,

60. Moreno Vida (2021: 522).
61. Un estudio completo de este régimen especial en De Sande Pérez-Bedmar (2013: 99 y ss.).
62. La jurisprudencia ya había admitido antes de la reforma de 2012 la posibilidad de realizar extinciones por causas empresariales en entes locales: entre otras, la STS de 11 de octubre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:6060), la STSJ de Castilla y León de 24 de julio de 2006 (ECLI:ES:TSJCL:2006:4558), y la STSJ de Islas Canarias de 28 de febrero de 2011 (ECLI:ES:TSJICAN:2011:565).
63. Roqueta Buj (2022a: 525) y Ramos Moragues (2022: 155).
64. Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión y reducción de jornada (BOE núm. 261, de 30 de octubre de 2012). Roqueta Buj (2022a: 527).

especialmente en la identificación de la causa económica y productiva, que tal y como está definida en el art. 51 ET no tiene un buen encaje en el sector público.

7
A modo de conclusión

No cabe duda de que una reforma normativa para revertir la excesiva temporalidad tanto en el sector privado como en el público era necesaria. En este último sector ha sido necesaria la intervención del legislador en diferentes normas para dotar de coherencia al régimen jurídico aplicable a los empleados públicos.

Los efectos de la reforma laboral de 2021, en concreto la reforma estructural de los contratos temporales y el estímulo a la utilización de la contratación fija-discontinua, ya se están empezando a ver en el sector privado, y así lo demuestran los datos estadísticos, que han reducido la temporalidad en términos globales. Sin embargo, las peculiaridades del sector público obligan a esperar para ver si, tras los procesos extraordinarios de estabilización, la nueva regulación impide un abuso de la contratación temporal en la Administración. También habrá que observar si la temporalidad se traslada a la interinidad funcionarial; *a priori*, parece que su regulación contempla una mayor flexibilidad en este sentido.

Por último, el hecho de que las medidas contenidas en el RDL 32/2021 hayan sido acordadas provoca en algunos casos conflictos aplicativos por su indefinición. Esto se hace más evidente en el sector público, porque no se ha atendido a sus circunstancias específicas para contemplar medidas concretas que se adapten al régimen jurídico del personal laboral público. Hubiese sido deseable que se aprovechara este periodo de reformas legislativas para atender estas singularidades y dar certidumbre a los entes locales en la gestión de su personal. Ejemplo de ello es la derogación de la DA 16.ª ET, que no hace más que generar incertidumbre a la hora de acudir a los procesos extintivos.

8
Bibliografía

Beltrán de Heredia Ruiz, I. (2022). El personal laboral temporal en el sector público: escenarios posibles a partir de la DA 17.ª EBEP y del RDLey 32/2021. En A. Soriano Arnanz y A. Todolí Signes (coords.). *Régimen jurídico de la selección y consolidación de personal en el sector público. Especial consideración a la normativa contra el abuso de la temporalidad* (pp. 233-266). Cizur Menor: Aranzadi.

Cavas Martínez, F. (2022). El nuevo contrato fijo-discontinuo en la reforma laboral de 2021. En J. L. Monereo Pérez, S. Rodríguez Escanciano y G. Rodríguez Iniesta (dirs.). *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico* (pp. 117-142). Murcia: Laborum.

De la Puebla Pinilla, A. (2022). Temporalidad en el empleo público. *Revista de Derecho Laboral vLex*, 5, 31-38.

De Sande Pérez-Bedmar, M.ª (2013). *Reformas laborales y Administraciones públicas*. Valladolid: Lex Nova.

Goerlich Peset, J. M.ª (2022). La reforma de la contratación laboral. En J. M.ª Goerlich Peset, J. R. Mercader Uguina y A. de la Puebla Pinilla. *La reforma laboral de 2021. Un estudio del real Decreto-Ley 32/2021* (pp. 23-116). Valencia: Tirant lo Blanch.

Gómez Caballero, P. (2022). El régimen de contratación laboral en el sector público en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre. *Temas Laborales*, 161, 431-445.

Gordo González, L. (2022a). Nuevos retos en la gestión del empleo público laboral tras las últimas reformas. *Trabajo y Derecho*, 91-92.

— (2022b). El retorno a la ultraactividad ilimitada, una verdadera derogación de la reforma laboral del año 2012. *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 3, 129-141.

Jurado Segovia, A. y Ramos Moragues, F. (2021). Singularidades de la contratación laboral y sus modalidades en el sector público: panorama general. En J. García Murcia (dir.). *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones públicas* (pp. 115-150). Madrid: Gobierno de España.

Lahera Forteza, J. (2001). *Los contratos temporales en la unificación de doctrina*. Madrid: La Ley.

Moreno Vida, M.ª N. (2021). Despidos colectivos y ERTEs por causas económicas o de reorganización en el empleo público. En J. García Murcia (dir.). *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones públicas* (pp. 491-530). Madrid: Gobierno de España.

— (2022). El contrato temporal por razones productivas. *Temas Laborales*, 161, 107-132.

Nieto Rojas, P. (2022). La contratación temporal en el RD Ley 32/2021. Nuevas reglas en materia de encadenamiento, sanciones y presunciones. *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 3, 31-42.

Pérez del Prado, D. (2022). La reforma laboral 2021 y el nuevo contrato formativo. *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 3, 7-18.

Ramos Moragues, F. (2022). Incidencia de la reforma laboral en el empleo público. *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 3, 142-155.

Roqueta Buj, R. (2022a). *Derecho del Empleo Público*. Valencia: Tirant lo Blanch.

— (2022b). *La reforma de la contratación temporal en las Administraciones públicas*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Sala Franco, T. (2022). *La nueva regulación de los fijos discontinuos en la reforma laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Sala Franco, T. y Altés Tárrega, J. A. (2008). La contratación de personal laboral en la Administración Local. *Revista de Estudios Locales*, 112, 39-143.

Negociación colectiva y función pública local

Joan Mauri Majós
Profesor de Derecho Administrativo.
Universidad de Barcelona

1. **Introducción**
2. **La estructura de la negociación**
   2.1. La negociación colectiva supramunicipal
   2.2. La negociación colectiva conjunta en la Administración local
3. **El procedimiento convencional**
   3.1. Procedimiento y resultado de la negociación
   3.2. Propuesta de acuerdo y acuerdo colectivo
   3.3. Acuerdo colectivo y reglamento
4. **El ámbito material de la negociación**
   4.1. Criterios y listas
   4.2. Ley, competencia y ámbito
   4.3. Las materias que han de ser objeto de negociación
   4.4. Las materias que no han de ser objeto de negociación
5. **La suspensión y la modificación de los acuerdos colectivos**
6. **Conclusiones**
7. **Bibliografía**

Resumen

El análisis se ha concebido como una puesta al día y revisión de los últimos estudios publicados sobre la negociación de las condiciones de trabajo en el empleo público que toman como referencia principal el ámbito específico de la Administración local, prestando una especial atención a la clarificación de aquellos aspectos de mayor importancia que pudieran ser objeto de consideración en la práctica convencional propia de nuestras entidades territoriales, como pudieran ser los atinentes a la estructura y el ámbito de la negociación, el procedimiento convencional y el tratamiento de la naturaleza y eficacia de los acuerdos colectivos.

Artículo recibido el 14/09/2022; aceptado el 28/09/2022.

Palabras clave: *funcionarios; negociación colectiva; procedimiento convencional; acuerdos colectivos.*

Collective bargaining and civil servants in local administration

Abstract

This article has been conceived as an update and review of the latest published studies on the negotiation of working conditions in public employment in local administration. It focuses its attention on clarifying those aspects of more relevance that may be considered in the practice of our local territorial entities, such as those related to the structure and scope of the negotiation, the conventional procedure and the treatment of the nature and effectiveness of the collective agreements.

Keywords: civil servants; collective negotiation; conventional procedure; collective agreements.

1
Introducción

Nuestra contribución pretende ser una actualización de los últimos trabajos publicados sobre la negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios que han abordado los problemas que se plantean en el ámbito específico de las Administraciones locales, actualización de la que pueda deducirse una serie de correcciones de algunos de los aspectos jurídicos que pueden lastrar el correcto ejercicio de la autonomía colectiva en este particular ámbito territorial.

Convendría recordar al efecto que donde más se han negociado las condiciones de trabajo de los funcionarios es en el ámbito específico de la Administración local, una negociación que se ha articulado a menudo a través de una serie de esquemas y prácticas traídas del sistema de relaciones colectivas propio de la empresa sin atender a las singularidades que presenta el sector público, olvidando que el artículo 28.1 de la CE contiene un mandato de particularización del ejercicio de la libertad sindical del personal funcionario que ha de tener muy cuenta el contenido del artículo 103.1 de la CE, donde se dibuja una Administración sometida a la ley, articulada por los principios de jerarquía y eficacia, caracterizada por su vocación de servicio al interés

general, cuyo necesario complemento resulta ser un régimen estatutario, legal y objetivo, de función pública.

En todo caso, en los últimos estudios realizados sobre la materia que tomamos como referencia (Roqueta Buj, 2013; Mauri Majós, 2021a) puede reconocerse un cierto esfuerzo para huir de la simple lógica de la asimilación del ejercicio de los derechos colectivos de los funcionarios con el practicado por los trabajadores, especialmente en una serie de aspectos que a nuestro entender resultan trascedentes como pueden ser los referidos a la estructura y los sujetos de la negociación, al procedimiento convencional válido para la obtención de acuerdos colectivos, al ámbito de la negociación y a la suspensión o inaplicación de los productos de la negociación.

2
La estructura de la negociación

2.1
La negociación colectiva supramunicipal

El artículo 34.1 del 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), prevé que, a los efectos de la negociación colectiva de los funcionarios públicos, se constituirá una mesa general de negociación en cada una de las entidades locales, que resultará la unidad apropiada para la negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios de su ámbito.

De ahí puede deducirse sin un particular esfuerzo interpretativo que en cada entidad local que cuente con una plantilla de funcionarios, con independencia de cuál pueda ser su número, resultará obligatorio constituir una mesa general de negociación de las condiciones de trabajo específicas de este tipo de empleados públicos.

El artículo 36.3 del TREBEP previene que, para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario y laboral de cada Administración pública, se constituirá en cada una de las entidades locales una mesa general de negociación.

Por lo tanto, todas las entidades locales que cuenten con una plantilla mínima de personal funcionario y laboral se verán obligadas a constituir como mínimo dos instancias de negociación: una, la de las condiciones de trabajo comunes a los empleados públicos, y otra, la de las condiciones de trabajo específicas propias del personal funcionario.

Dicho planteamiento presupone una indiferencia absoluta sobre cuál puede ser la dimensión óptima de las unidades de negociación, y un evidente olvido del criterio ocupacional en beneficio del propiamente competencial.

Con todo, consciente el legislador de la existencia de una regulación que obliga a constituir miles de mesas generales de negociación, ha optado por una serie de soluciones correctoras de los dos fenómenos fundamentales que la centralidad de la entidad local como unidad de negociación provoca: el minifundismo convencional y la creación de amplios vacíos negociales inducidos por la falta de articulación de las pertinentes unidades convencionales.

En consecuencia, el artículo 34.2 del TREBEP reconoce la legitimación negocial de las asociaciones de municipios, así como de las entidades locales de ámbito supramunicipal, para la negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios de las entidades locales del ámbito correspondiente. Asimismo, se admite que una Administración o una entidad pública puedan adherirse a los acuerdos supramunicipales alcanzados dentro del territorio de cada comunidad autónoma.

El precepto habilita dos soluciones distintas. En una, lo que se hace es reconocer una particular legitimación negocial a las asociaciones de municipios de ámbito estatal y autonómico previstas en la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL) y a las entidades locales de ámbito supramunicipal –concretamente a las provincias, las islas, las comarcas, las áreas metropolitanas y las mancomunidades de municipios– para la negociación colectiva del ámbito territorial correspondiente, pudiendo los municipios de dicho ámbito adherirse con carácter previo o de manera sucesiva al resultado de dicho proceso convencional. En otra, lo que se prevé es el simple reconocimiento de que una entidad local o un organismo o entidad de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculada o dependiente de una entidad local, pueda adherirse a los acuerdos alcanzados dentro del territorio de una comunidad autónoma en un determinado ámbito supramunicipal.

Las opciones mencionadas parecen mantener una cierta identidad sustancial, pero en la práctica resultan distintas. En el primero de los supuestos planteados lo que se regula es el reconocimiento de una determinada capacidad convencional para la negociación de un acuerdo colectivo referido a los municipios de un ámbito territorial que podrán adherirse al mismo. Por lo tanto, lo que se reconoce es una legitimación limitada al propio proceso de negociación, es decir, a la consideración como propia de la representación pública en una determinada mesa de negociación para la formulación de una propuesta de acuerdo colectivo, cuya validez y eficacia dependerá siempre de la aprobación expresa y formal de los órganos de gobierno de cada entidad

local. De la misma manera, lo que se negocia son las condiciones de trabajo de los funcionarios de determinados municipios y no las del propio personal de estas asociaciones o entidades territoriales de carácter supramunicipal.

De ahí que la adhesión en este supuesto pueda ser con carácter previo o sucesivo, ya que en la práctica funciona a la manera de un encargo del proceso de negociación y de una previsión del reconocimiento de su resultado, que puede ser o no considerado apropiado para una determinada entidad local. Pero ello no implica la ratificación anticipada de lo acordado, que en todo caso deberá darse por el órgano competente de la correspondiente corporación local de manera expresa y formal después de la consideración de la pertinente propuesta de acuerdo.

Lógicamente, cuando el acuerdo aparece completamente formado después del cierre del proceso convencional, puede decirse que la adhesión posterior es en definitiva un acto de aprobación del contenido del acuerdo que pasa a incorporarse a la regulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios de una determinada entidad local.

Quizá lo más sensato en este punto hubiera sido advertir que los municipios podrán encargar previamente la negociación o adherirse al resultado de esta, lo que permitiría distinguir el encargo de las actividades de negociación, de la adhesión formal a una determinada propuesta de acuerdo colectivo.

Lo dicho hasta el momento depende obviamente del concepto mismo que se tenga de la adhesión, un instituto que el TREBEP toma prestado del ordenamiento jurídico laboral sin atender a las peculiaridades propias del empleo público. A nuestro entender la adhesión no es sino la aprobación expresa y formal por el órgano de gobierno de una entidad local de un acuerdo colectivo de los previstos expresamente en el artículo 38.1 del TREBEP, con idéntica naturaleza, validez y eficacia jurídica, lo que presupone que aparece como algo nuevo y diferenciado de la propuesta normativa obtenida en el ámbito supramunicipal.

Si adoptamos esta hipótesis, deberíamos distinguir entre la propuesta de acuerdo objeto de adhesión necesitada de ratificación y la aprobación de un acuerdo por adhesión (Olarte Encabo, 1995: 113-120).

De hecho, el supuesto típico de la adhesión al modo laboral aparece formulado en el mismo artículo 34.2 del TREBEP cuando determina lo siguiente: “una Administración o Entidad Pública podrá adherirse a los acuerdos alcanzados dentro del territorio de cada comunidad autónoma, o a los acuerdos alcanzados en un ámbito supramunicipal”. Eso supone que una entidad territorial o un organismo o entidad pública vinculada o dependiente de una corporación local podrán adherirse a los acuerdos de ámbito supramunicipal alcanzados dentro del territorio de cada comunidad autónoma. Importa desta-

car que la adhesión se predica de un tipo concreto de acuerdos colectivos, los de ámbito supramunicipal alcanzados dentro del territorio de una comunidad autónoma. Desde una lógica estrictamente local, la adhesión implica que se decide voluntariamente aplicar la regulación de las condiciones de trabajo negociadas para otra unidad de ámbito supramunicipal, y por tanto, las obtenidas en un acuerdo colectivo de la propia comunidad autónoma, de una provincia, isla, comarca, área metropolitana o mancomunidad de municipios, lo que parece tener poco sentido, ya que la operación de adhesión presupone una cierta uniformidad de las condiciones de trabajo que han de ser objeto de consideración, es decir, una cierta afinidad funcional que dote de conveniencia y razonabilidad la elección del acuerdo colectivo que se pretende adoptar (Gómez Abelleira, 1997: 288-289).

Precisamente la falta de dicha identidad o afinidad priva de todo contenido práctico a la figura expuesta, que fundamentalmente permanece inédita y que de hecho acaba planteándose como un obstáculo cierto para lo que puede ser un negocio jurídico simple de adhesión de una entidad local al acuerdo conseguido en otra de similares características, o de un organismo o entidad pública vinculada o dependiente al acuerdo conseguido en la entidad local matriz.

En todo caso, a tenor del artículo 34.2 del TREBEP, la facultad de adherirse o, si se quiere formular de una manera más precisa, la legitimación para adherirse a un acuerdo colectivo de ámbito supralocal se predica del municipio. Por lo tanto, es el órgano de gobierno de la correspondiente entidad local el que decide unilateralmente adherirse al acuerdo supramunicipal, procediendo a su válida integración en el ordenamiento jurídico interno.

Una conclusión de este tipo debe corregirse inmediatamente si se quiere mantener en pie el concepto de adhesión y respetar el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios que se afirma taxativamente en el artículo 31.1 del TREBEP. La adhesión es un verdadero procedimiento de negociación en cuya virtud los negociadores de una concreta unidad deciden adoptar la regulación de las condiciones de trabajo pactada en otra unidad, apropiándose de su contenido por una decisión convencional (Olarte Encabo, 1995: 35; Gómez Abelleira, 1997: 196).

Por lo tanto, la decisión de adhesión pertenece en primera instancia a las partes de una mesa concreta de negociación que deciden voluntariamente adoptar como propia la regulación de las condiciones de trabajo negociadas en un ámbito supramunicipal. Cuestión distinta es que no haya podido constituirse la pertinente mesa de negociación o no se haya podido formular o ratificar un acuerdo, con lo que de hecho el acto de adhesión no constituye el resultado de un procedimiento convencional, sino el sim-

ple ejercicio de una potestad para imponer condiciones de trabajo en un ámbito determinado de forma unilateral, tendente a evitar el vacío normativo que eventualmente pudiera haberse producido. De hecho, estaríamos ante un acto que constituye una expresión de los poderes reglamentarios y de organización propios de la autonomía local, expresión que supone la fijación de las decisiones del municipio sobre las condiciones de trabajo de sus empleados[1].

2.2
La negociación colectiva conjunta en la Administración local

El tratamiento de los sujetos de la negociación en las unidades convencionales propias de la Administración local merece un capítulo aparte. Una de las novedades más importantes introducidas en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público tendente a facilitar la negociación colectiva en el ámbito local fue la formalización de la llamada negociación conjunta del personal funcionario y laboral.

Recordemos al efecto que la doctrina había reclamado la recepción legal de la unificación colectiva del tratamiento de los empleados públicos que permitiría una mejor ordenación, racionalización y eficacia de los sistemas de determinación de las condiciones de trabajo de todos los empleados públicos (Marín Alonso, 1999: 43-49).

Pues bien, en cierta manera dicha recepción se produce en el artículo 36.3 del TREBEP, donde se advierte de que para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración pública, se constituirá en cada una de las entidades locales una mesa general de negociación.

El mismo precepto previene que son de aplicación a estas mesas generales los criterios establecidos sobre representación de las organizaciones sindicales en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, tomando en consideración en cada caso los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de representación.

También se establece que estarán presentes en estas particulares mesas las organizaciones sindicales que formen parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, siempre que hubieran obtenido

1. STSJ, Sala de lo Contencioso, del País Vasco, de 26 de octubre de 2012, rec. 1113/20210.

el 10 % de los representantes a personal funcionario o personal laboral en el ámbito correspondiente a la mesa de que se trate.

De esta manera se habilita una instancia de negociación conjunta cuya articulación jurídica presenta serias dificultades y provoca notables inseguridades desde la perspectiva estricta de gestión de los procesos convencionales.

La distorsión del sistema previsto para la regulación común de las condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral se produce en la selección de las organizaciones sindicales que ostentan suficiente legitimación para participar en la negociación de este particular tipo de acuerdos colectivos.

Este es un aspecto nuclear de la cuestión. El artículo 36.3 del TREBEP establece explícitamente que será aplicable a estas mesas el criterio establecido sobre representación de las organizaciones sindicales en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas. Dicho criterio previene que la representación de las organizaciones sindicales legitimadas se distribuirá en función de los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal, delegados de personal, juntas de personal y comités de empresa en el correspondiente ámbito de representación. Pero, además, estarán también presentes en estas mesas conjuntas las organizaciones sindicales que formen parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, siempre que hubieran obtenido el 10 % de los representantes a personal funcionario o personal laboral en el ámbito correspondiente de la mesa de que se trate. De esta manera se construye una especie de mayor representatividad propia del conjunto de las Administraciones públicas, que permite que un sindicato que forme parte de una unidad convencional como es la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas solo haya de acreditar su representación en uno de los dos colectivos de personal –funcionario o laboral– que componen el conjunto de empleados públicos. Salvada esta especie de mayor representatividad, el resto de las organizaciones sindicales deben acreditar de formar separada el 10 % de representación en los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y a los órganos de representación del personal laboral.

Es decir, el banco sindical de una mesa de negociación conjunta estará compuesto ordinariamente por los sindicatos más representativos con presencia en el ámbito correspondiente, por los sindicatos que formen parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas y hayan obtenido el 10 % de los representantes a personal funcionario o personal laboral en el ámbito correspondiente, y por las organizaciones sindicales que hayan obtenido el 10 % de representantes a personal laboral y el 10 % de representantes a personal funcionario.

El sistema de representación sindical así construido acaba generando una serie de efectos perturbadores sobre el modelo de negociación conjunta de las condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral. El primero de ellos es un efecto difuso. De hecho, justifica la pretendida existencia de un tipo especial de mayor representatividad sindical propia y específica del sector público en función de la posición de preferencia que otorga la participación en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, que se pretende hacer valer principalmente en la vertiente de la negociación colectiva, representatividad que los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (en adelante, LOLS), ni reconocen ni amparan.

Resulta expresivo de esta cuestión el último pronunciamiento jurisprudencial en la materia, en el que se advierte de que la pertenencia a la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas no permite afirmar que un sindicato sea más representativo en el ámbito de las Administraciones públicas, especificando que esa categoría de más representativo que se pretende afirmar no es equivalente a la mayor representatividad en el ámbito estatal ni a nivel de comunidad autónoma, con lo que la participación en una mesa de negociación de una entidad local requerirá siempre la afirmación de una determinada representación en el ámbito específico[2].

El segundo de los efectos de este particular tipo de legitimación sindical es la marginación que supone para aquellas organizaciones sindicales que obtienen más de un 10 % de los representantes a personal funcionario, y que no consiguen obtener ese 10 % de representación en el personal laboral o a la inversa. Es decir, en el modelo actual resulta perfectamente posible que una organización sindical obtenga más del 20 % de representantes del personal funcionario y laboral sin que ello la habilite para formar parte de la mesa de negociación de materias comunes. La doctrina del Tribunal Supremo es clara en este aspecto: el 10 % de representación se ha de obtener de forma separada y simultánea en cada uno de los colectivos, sin que se permita su tratamiento acumulativo o agregativo[3].

Hemos escrito en otra parte que no encontramos ninguna justificación para la preferencia representativa otorgada a los sindicatos con presencia en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas que les permite integrar las mesas de materias comunes (Mauri Majós, 2021b: 455). Nos parece difícil justificar la proyección de la representatividad

2. STS, Sala de lo Contencioso, de 3 de marzo de 2022, rec. 2957/2021.
3. SSTS, Sala de lo Contencioso, de 18 de enero de 2018, rec. 702/2017; de 19 de marzo de 2019, rec. 2334/2016, y de 15 de junio de 2021, rec. 1207/2020.

obtenida en un ámbito de negociación, como puede ser el conjunto de las Administraciones públicas, hacia otros espacios definidos por distintos regímenes de personal y niveles territoriales de aplicación con los que no guarda una razonable conexión. Y nos parece también que la interpretación literal y en sus propios términos que adopta la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia en base a un criterio de precisión semántica puede acabar yendo en detrimento de la efectividad del derecho de libertad sindical.

Pero el efecto más nocivo de la complejidad dada a la obtención de representación para la negociación conjunta y de la marginación que sufren determinadas organizaciones de carácter sectorial en este tipo convencional, es que la tensión acumulada en la legitimación para negociar se traslada al ámbito de las materias que han de ser objeto de negociación.

Es ahí donde aparece la debilidad del concepto "materias comunes". Precisamente, lo común es un concepto sometido a discusión. Descartada la tesis que ha defendido que el ámbito de materias comunes pueda extenderse prácticamente a la totalidad de cuestiones relativas a las condiciones de trabajo que pueden ser objeto de negociación (Alfonso Mellado, 2019: 42), lo cierto es que lo común parece ser lo compartido por los diferentes tipos de empleados públicos, es decir, aquellas materias que reciben un tratamiento unitario en el TREBEP (Roqueta Buj, 2013: 25).

Con todo, el concepto sigue siendo poco preciso y provoca confusión. De hecho, lo que resulta común en determinadas materias, como pueden ser la clasificación de puestos de trabajo o las retribuciones complementarias, acaba provocando discusiones interesadas sobre cuál pueda ser el ámbito adecuado de negociación.

Así, por ejemplo, algún pronunciamiento ha advertido de que la modificación de determinados puestos previamente clasificados como de personal funcionario o de personal laboral ha de ser objeto de negociación en el correspondiente ámbito específico, o ha señalado que el régimen de concreción de determinados complementos ha de seguir la lógica propia del ordenamiento jurídico funcionarial o laboral según proceda[4].

Como conclusión podríamos decir que, aun reconociendo las indudables ventajas de la negociación conjunta, la representatividad negada a determinados sindicatos para negociar las materias comunes parece conducir a un cuarteamiento de la estructura de la negociación que priva de eficacia a una institución que venía a solucionar un problema –la complejidad negocial– que en la práctica acaba incrementando.

4. STSJ, Sala de lo Contencioso, de Cantabria, de 17 de febrero de 2022, rec. 122/2021.

3
El procedimiento convencional

3.1
Procedimiento y resultado de la negociación

Se ha dicho, con acierto, que el procedimiento de negociación en el empleo público ha tenido un tratamiento escaso, hasta cierto punto simple, de manera que se está ante una verdadera ausencia de ordenación que resulta difícil de explicar desde un punto de vista estrictamente jurídico (Roqueta Buj, 2021: 482-483).

Una valoración que puede considerarse dramática si se concibe la negociación de las condiciones de trabajo como un derecho básicamente procedimental.

Conviene partir de una serie de datos que se consideran esenciales:

- La negociación de un acuerdo colectivo resulta ser un procedimiento único y singular sometido a los principios de obligatoriedad y buena fe.
- La obtención de un acuerdo colectivo se fundamenta en un proceso de carácter bifásico que exige su formulación en la mesa de negociación y su aprobación expresa y formal por el órgano de gobierno correspondiente.
- El proceso de negociación es un presupuesto obligado de la producción de verdaderos reglamentos, disposiciones y actos generales, entendiendo que dichos reglamentos, disposiciones o actos pueden tener carácter autónomo o ser objeto de inserción en normas o instrumentos que no han sido objeto como un todo de tratamiento convencional.

Tal como se dice en el artículo 38.1 del TREBEP, en el seno de las mesas de negociación se podrán concertar pactos y acuerdos. Por lo tanto, el deber de negociar en la función pública es una obligación de procedimiento, pero no es una exigencia de resultado. Dicho esto, conviene advertir de que el cumplimiento de la obligación de negociar de buena fe el tratamiento de determinadas condiciones de trabajo se constituye en un requisito esencial para su posterior regulación. La determinación de las condiciones de trabajo del personal de una determinada entidad local exige que previamente se haya hecho un serio esfuerzo para convenir, con independencia de que se alcance o no un resultado negocial. En consecuencia, procede la nulidad absoluta de la disposición o el acto en cuya elaboración se haya omitido el trámite de negociación, requisito que se considera fundamental para la correcta formación de la voluntad del órgano autor de la disposición o el acto. En todo caso, el dic-

tado unilateral de una disposición o la producción de un acto de ordenación en una materia que ha de ser objeto de negociación queda sujeto a un doble condicionamiento: que no se haya obtenido un acuerdo en la mesa de negociación o que producido el acuerdo no se haya procedido a su ratificación por el órgano de gobierno (Mauri Majós, 2021a: 42-43).

El artículo 33.1 del TREBEP dispone que la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios estará sujeta a los principios de buena fe negocial, publicidad y transparencia. El artículo 34.7 del TREBEP advierte que las partes de la negociación estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe y a proporcionarse mutuamente la información que precisen para la negociación. En consecuencia, la obligación de negociar se cualifica especialmente por las cargas que supone la aplicación de los principios de buena fe, publicidad y transparencia.

El deber de negociar de buena fe y de garantizar una negociación correctamente informada obliga a proporcionar en tiempo y forma toda la documentación necesaria y precisa para poder formar la propia posición en defensa de los intereses que se representan, y necesita también de la realización de un serio esfuerzo para convenir.

Pero el procedimiento convencional no está sometido a requisitos de forma o tiempo. Es más, no se establece un determinado formato ni se presupone el cumplimiento de específicos trámites que permitan pautar su desarrollo o acreditar sus resultados, más allá de una simple convocatoria que puede realizarse por medios telemáticos siempre que se garantice el acceso efectivo a la negociación colectiva[5].

De ahí que el cumplimiento de la obligación de proceder a una negociación informada bajo el principio de buena fe se convierta en un deber difuso de difícil determinación, que puede manejarse como una verdadera piedra arrojadiza que utilizar por aquellas partes que no han obtenido el resultado pretendido en la mesa de negociación, ya que la expresión legal ofrece una innegable generalidad al no hacerse referencia alguna a las obligaciones que el deber comporta y menos aún a las conductas que pudieran vulnerarlo[6].

Conviene enfatizar la importancia de esta cuestión desde una doble perspectiva. Desde el punto de vista público, la negociación es un procedimiento de producción de disposiciones y actos de las condiciones de trabajo de los funcionarios que se ha de actuar con la debida fluidez, para garantizar el ejercicio de determinadas potestades de ordenación consustanciales a las exigen-

5. STSJ, Sala de lo Contencioso, de Madrid, de 14 de octubre de 2021, rec. 2313/2020.
6. STSJ, Sala de lo Contencioso, de Madrid, de 27 de abril de 2022, rec. 1501/2021; SJCA, n.º 1, de Albacete, de 12 de agosto de 2021, rec. 105/2021.

cias de adaptación y modernización de los servicios públicos, requerimientos que no deberían verse obstaculizados por una política sindical obstruccionista. Desde el punto de vista sindical, conviene recordar que en la práctica el derecho de negociación en el empleo público consiste básicamente en una facultad de participar en un proceso convencional tendente a la determinación de las condiciones de trabajo, pero la actuación de dicho procedimiento no garantiza que deba alcanzarse obligatoriamente un acuerdo como requisito imprescindible para que puedan adoptarse determinadas decisiones sobre las materias sometidas a negociación, es más, su ausencia abre el camino a una regulación unilateral del objeto de la discusión, lo que disminuye la influencia de las organizaciones sindicales en el sistema de empleo público.

No se puede banalizar el deber de negociar de buena fe para alcanzar un acuerdo. Del cumplimiento adecuado de dicha obligación procedimental dependerá, en definitiva, la adecuada protección de los intereses públicos y la efectividad de un derecho de negociación que resulta amparado por la libertad sindical.

3.2
Propuesta de acuerdo y acuerdo colectivo

El artículo 38.1 del TREBEP determina lo siguiente: "En el seno de las Mesas de negociación correspondientes, los representantes de las Administraciones Públicas podrán concertar Pactos y Acuerdos con la representación de las organizaciones sindicales legitimadas a tales efectos, para la determinación de condiciones de trabajo de los funcionarios de dichas Administraciones".

A tenor del artículo 38.2 del TREBEP: "Los pactos se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba y se aplicarán directamente al personal del ámbito correspondiente". Sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el 38.3 del TREBEP: "Los Acuerdos versarán sobre materias competencia de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas. Para su validez y eficacia será necesaria su aprobación expresa y formal por estos órganos".

En consecuencia, podemos afirmar ahora que el procedimiento de negociación para la producción de un acuerdo colectivo que pueda insertarse en el ordenamiento jurídico es de carácter bifásico. Es decir, se da en dos momentos distintos que se establecen en una cierta línea de continuidad. Presupone la formación de una propuesta de regulación en la mesa correspondiente al ámbito específico de negociación y su integración en el ordenamiento jurídico a través de un acto de aprobación expresa y formal, producido por el órgano de gobierno con competencia para ello, que le confiere validez y eficacia.

Conviene apresurarse a advertir que el acuerdo alcanzado en una mesa de negociación es una propuesta[7]. De hecho, la jurisprudencia más moderna se refiere a este particular producto convencional de una forma imprecisa, conceptuándolo como un mero acto de trámite o preparatorio previo a su aprobación definitiva por el órgano de gobierno, o más genéricamente como un preacuerdo que necesita del acto de ratificación para alcanzar la categoría de acuerdo colectivo[8]. A nuestro entender, la calificación del acuerdo obtenido en una mesa de negociación como acto de trámite o preparatorio es simplemente imprecisa. En este sentido nos parece que su conceptualización como una propuesta introduce rigor jurídico y aporta un valor cualitativo al resultado de la actividad convencional.

Debe significarse que la propuesta en derecho público no es un instituto jurídico desconocido. Técnicamente, la propuesta es un pronunciamiento especial mediante el cual una autoridad y uno o más sujetos privados, en base a un poder de iniciativa tendente a la satisfacción del interés general, expresan un deseo jurídico al que se atribuye un cierto valor vinculante. Uno de los elementos esenciales de esta definición es, sin duda, el poder de iniciativa, el poder de proponer, el poder de formular un determinado contenido para una norma o un acto jurídico. El otro es el grado de vinculación entre la propuesta y la norma o el acto definitivo. De hecho, existen propuestas que en la práctica condicionan la norma o el acto jurídico objeto de producción de diferentes formas. De la misma manera, pueden localizarse propuestas cuya condicionalidad última reside en su propia existencia, sin que de la misma se desprenda vinculación alguna para el órgano con competencias para el dictado de la norma o la producción del acto administrativo, más allá de su estudio y, si procede, toma en consideración (Bracci, 1961: 25-28).

Por lo tanto, el acuerdo obtenido en una mesa de negociación debería ser calificado como una propuesta que define el contenido de la norma o el acto colectivo. Pero el acuerdo colectivo como tal no adquiere validez y eficacia jurídica hasta que ha sido ratificado expresa y formalmente por el órgano de gobierno. Sin embargo, también conviene considerar que la propuesta acordada en la mesa de negociación no es un trámite o una simple actividad preparatoria. Posee una individualidad propia y singular que le permite producir autónomamente determinados efectos, como puede ser la obligación de ser presentada y considerada por el órgano de gobierno para su aprobación, y la de definir el contenido material de la norma o el acto que ha de ser objeto de

7. STS, Sala de lo Contencioso, de 17 de junio de 1991, núm. 416.
8. SSTSJ, Sala de lo Contencioso, de Cataluña, de 23 de diciembre de 2021, rec. 483/2019, y de La Rioja, de 20 de abril de 2022, rec. 47/2020.

ratificación. Con todo, conviene dejar bien claro que la manifestación producida por la mesa de negociación en forma de propuesta pretende la consecución de unos determinados efectos jurídicos, que solo se consiguen con la aprobación expresa y formal por el órgano de gobierno, que le otorga validez y eficacia jurídica. Desde esta perspectiva, el acuerdo colectivo es una norma o un acto único de recorrido complejo, constituido en dos fases perfectamente diferenciadas que han de integrarse correctamente.

El valor de la propuesta va más allá de lo que llevamos dicho hasta el momento. En principio, el órgano de gobierno no queda vinculado por la conducta negocial de las partes. Puede aprobar o no aprobar la propuesta presentada por el órgano de negociación. Pero lo que no puede es alterar, modificar o aprobar parcialmente la propuesta convencional que se ha presentado para su ratificación[9]. Es más, incluso en aquellos supuestos en que dicha modificación pueda venir aconsejada por motivos de legalidad en base al dictamen de determinados órganos consultivos o de funcionarios especialmente calificados, los cambios que puedan considerarse pertinentes han de ser sometidos de nuevo a negociación[10]. Entenderlo de otra manera significaría dejar en manos del órgano de gobierno el resultado de la actividad convencional y convertir la negociación colectiva de los funcionarios públicos en un simple simulacro participativo, lo que resultaría contrario a la efectividad del derecho de negociación que debe siempre interpretarse en sentido más favorable al considerarse un contenido adicional del derecho a la libertad sindical garantizada por el artículo 28.1 de la CE[11].

Pero también ha de considerarse la importancia del acto de aprobación que confiere al resultado de la negociación validez y eficacia jurídica. Y aquí conviene ser concluyente: sin la ratificación del órgano de gobierno el acuerdo colectivo no existe, no produce efectos, no es obligatorio y no se puede aplicar[12]. De la misma manera no puede afirmarse una vinculación positiva entre el acto de aprobación y la propuesta formulada por la mesa de negociación. La ratificación o no del acuerdo puede obedecer a razones de legalidad o de oportunidad apreciadas libremente por el órgano de gobierno (Roqueta Buj, 2013: 77-78). La resolución del órgano de gobierno sobre la propuesta formulada por la mesa de negociación es un "acto decisorio" esencialmente discrecional, de naturaleza positiva o

9. STSJ, Sala de lo Contencioso, del País Vasco, de 26 de julio de 2004, rec. 3189/2002.
10. STSJ, Sala de lo Contencioso, del Principado de Asturias, de 30 de noviembre de 2021, rec. 247/2020.
11. STSJ, Sala de lo Contencioso, de Castilla y León, de 5 de febrero de 2020, rec. 31/2020.
12. STSJ, Sala de lo Contencioso, de La Rioja, de 20 de abril de 2022, rec. 47/2020.

negativa, que se ha de justificar de una manera expresa y clara para despejar cualquier sospecha de arbitrariedad[13]. También hay que advertir que no basta con una mera aprobación implícita del contenido de la propuesta adoptada por la mesa de negociación. El artículo 38.3 del TREBEP exige de una forma contundente una ratificación expresa y formal por el correspondiente órgano de gobierno[14].

3.3
Acuerdo colectivo y reglamento

El artículo 38.3 del TREBEP dispone que cuando los acuerdos hayan sido ratificados el contenido de estos será directamente aplicable al personal incluido en su ámbito de aplicación, sin perjuicio de que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente.

La previsión de que a efectos formales se requiera la modificación o derogación de las normas reglamentarias que puedan existir es redundante por innecesaria[15]. El acuerdo colectivo es válido y eficaz y, por lo tanto, produce efectos cuando ha obtenido la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno. Es más, el acuerdo colectivo puede tener eficacia normativa y general en su ámbito de aplicación. De hecho, la STC 1/2003, de 16 de enero, ya advirtió de que el estatuto de los funcionarios puede ser desarrollado por reglamentos y, en su caso, por otros tipos de fuentes normativas como son los instrumentos colectivos.

En consecuencia, la aprobación de un acuerdo colectivo ha de producir directamente los necesarios efectos jurídicos, lo que supone atribuirle la capacidad de generar el correspondiente efecto derogatorio sobre un reglamento anterior o sobre una norma inserta en un reglamento anterior. Dicho efecto se produce en el momento de entrada en vigor del acuerdo, después del acto de ratificación y de la correspondiente publicación. Cuestión distinta es que, para evitar equívocos, se proceda a derogar o modificar expresamente la norma reglamentaria anterior que resulte incompatible con las cláusulas del acuerdo colectivo. Operación para la que, por cierto, no se necesitaba una especial habilitación legislativa, ya que podía ampararse perfectamente en el principio de seguridad jurídica.

13. STS, Sala de lo Contencioso, de 18 de noviembre de 1994, rec. 2342/1993.
14. STSJ, Sala de lo Contencioso, de Cataluña, de 23 de diciembre de 2021, rec. 483/2019.
15. STS, Sala de lo Contencioso, de 13 de octubre de 2009, rec. 8472/2004.

Aquí en todo caso conviene poner el acento sobre la posible traslación de un acuerdo adoptado en la mesa de negociación a un texto reglamentario sin que se haya producido su aprobación expresa y formal por el correspondiente órgano de gobierno. En este caso, la propuesta convencional no alcanza validez y eficacia jurídica y, de hecho, no se individualiza como un verdadero acuerdo colectivo. Lógicamente, la inexistencia de un acto de ratificación permite al órgano de gobierno alterar o modificar lo pactado en la correspondiente mesa de negociación, ya que su potestad reglamentaria opera libremente al no haberse alcanzado un acuerdo "completo", es decir, válido y eficaz[16].

Cuestión distinta es que en el acto de aprobación del correspondiente texto normativo que adopta la forma de una norma reglamentaria en la que se traspone un acuerdo colectivo, aparezca sorpresivamente una regulación que no ha sido objeto de consideración por el órgano de negociación y no se contiene en la propuesta presentada, produciéndose una alteración del proyecto normativo sometido al órgano de gobierno, lo que a nuestro parecer debería provocar la nulidad radical de la modificación realizada por haberse prescindido de un procedimiento convencional que resulta ser la expresión del derecho de negociación de los funcionarios públicos[17].

4
El ámbito material de la negociación

4.1
Criterios y listas

Las materias que han de ser objeto de negociación se establecen en el artículo 37 del TREBEP en base a criterios y listas. Los criterios generales para la determinación del campo negocial son los de alcance legal, competencia y ámbito. El sistema de listas distingue entre una serie de materias que han de ser objeto de negociación y una serie de materias que quedan excluidas del deber de negociar. El modelo es, pues, de doble condicionamiento: se deberán negociar aquellas materias incluidas en la lista de las que se pueda tratar, pero dicha negociación se dará con el alcance que legalmente proceda en cada caso, en el marco de las competencias propias de cada Administración pública y en el ámbito específico correspondiente.

16. SSTS, Sala de lo Contencioso, de 7 de octubre de 2014, rec. 1650/2013, y de 8 de julio de 2015, rec. 1452/2014; STSJ, Sala de lo Contencioso, de Cataluña, de 23 de diciembre de 2021, rec. 5173/2021.
17. STS, Sala de lo Contencioso, de 3 de junio de 2020, rec. 183/2019.

4.2
Ley, competencia y ámbito

Cualquier negociación ha de darse con el alcance que pueda deducirse de la legislación vigente, en base a la competencia que se detente y en su ámbito específico.

La negociación colectiva de los funcionarios es un derecho de configuración legal que no se puede ejercitar de un modo incondicionado. El ejercicio de dicho derecho se ha de ajustar estrictamente a la disciplina determinada por un legislador que ostenta capacidad suficiente para configurar intensamente los órganos, el procedimiento, las materias y los efectos de la negociación[18].

Como recuerda el artículo 33 del TREBEP, la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios está sujeta al principio de legalidad. Dicha vinculación presupone que el ejercicio del derecho a la negociación deberá respetar en todo caso el contenido del TREBEP y de las leyes de desarrollo previstas en el mismo (artículo 31.7 del TREBEP).

Lo cierto es que las disposiciones citadas no constituyen una absoluta novedad si las comparamos con las propias del ordenamiento jurídico laboral. De hecho, el artículo 85.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRET) condiciona la validez del contenido dispuesto por los convenios colectivos al respeto a las leyes, mientras que el artículo 90.5 del TRET presupone que el convenio colectivo no puede conculcar la legalidad vigente.

El artículo 31.7 del TREBEP determina que el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios deberá respetar en todo caso el contenido del Estatuto y las leyes de desarrollo previstas en el mismo. Dicho de otra manera, la negociación colectiva ha de respetar el contenido del estatuto legal de la función pública, es decir, no ha de contradecir sus preceptos de carácter imperativo. Pero dentro del respeto a las leyes, los acuerdos colectivos pueden regular las condiciones de trabajo objeto de la negociación siempre que no se llegue a transgredir el campo de juego que la ley les señale, es decir, siempre que no se conculquen las leyes. De esta manera, se afirma la primacía y la superioridad jerárquica de la ley sobre un acuerdo colectivo que "en todo caso" ha de respetar el contenido establecido por las normas estatutarias.

De lo expuesto se deduce que los acuerdos que resulten de la negociación deberán observar el espacio reservado a la ley y el espacio ocupado por

18. SSTC 80/2000, de 27 de marzo, 224/2000, de 2 de octubre, 85/2001, de 26 de marzo, y 222/2005, de 12 de septiembre.

la ley para la determinación del estatuto de los funcionarios. Por lo tanto, reserva de ley y superioridad jerárquica de la ley como presupuesto básico de la determinación de las condiciones de trabajo en el empleo público. El acuerdo colectivo no ha de ocupar el espacio reservado a la ley y no ha de contradecir la ley existente. Pero nada más.

A nuestro parecer, el acuerdo colectivo cumple con el principio de legalidad no contradiciendo a la ley y no penetrando en el espacio reservado a la ley. En consecuencia, la norma colectiva puede complementar y desarrollar la ley. Pero ello también implica que el acuerdo colectivo puede introducirse en el ámbito no regulado o no reservado a la ley.

Cuando la ley existe y se aplica a la determinación de una condición de trabajo que puede ser objeto de negociación resulta esencial tener en cuenta el carácter y la estructura que adoptan sus preceptos. Las leyes que determinan el estatuto de los funcionarios pueden configurarse con determinados rasgos y caracteres en relación con un acuerdo colectivo. Dichas leyes pueden imponerse a la negociación como normas completas que hay que respetar y aplicar, como normas necesitadas de complemento que la norma colectiva puede proporcionar o, finalmente, como preceptos mínimos o provisionales que pueden ser superados o sustituidos por las normas convencionales. Precisamente, la consideración de un precepto legal como norma mínima puede ser una técnica de regulación aplicable también en el estatuto de los funcionarios que deberá ser objeto de una especial atención en función de las relaciones que puedan establecerse entre la ley y el acuerdo colectivo. De hecho, dichas relaciones no tienen por qué seguir el modelo establecido para las conexiones entre la ley y el reglamento, ya que el acuerdo colectivo, aun resultando ser una expresión de la potestad reglamentaria, resulta particularizado por una intensa participación de los representantes de los funcionarios, lo que sin duda no deja de aportar un indudable valor democrático.

Como ya se ha dicho, el artículo 37 del TREBEP advierte de que las materias objeto de negociación lo serán: "en relación con las competencias de cada Administración Pública". En la misma dirección, el artículo 38 del TREBEP subraya lo siguiente:

> "2. Los Pactos se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba […].
>
> 3. Los Acuerdos versarán sobre materias competencia de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas".

Por lo tanto, las materias objeto de negociación han de resultar ser de la exclusiva competencia de cada una de nuestras entidades territoriales[19].

19. STS, Sala de lo Contencioso, de 5 de diciembre de 2000, rec. 5270/1996.

El marco de la negociación está en correlación directa con el contenido de las potestades normativas de los correspondientes órganos de gobierno. En consecuencia, la introducción de una materia en la lista de las que han de ser objeto de negociación no habilita una competencia específica para su trato convencional. Las materias que pueden ser objeto de negociación lo son en relación con las competencias propias de cada Administración pública. Por lo tanto, la realidad objetiva de la que hay que partir siempre es que la relación de materias que han de ser objeto de trato convencional, contenidas en el artículo 37.2 del TREBEP, no se puede considerar al margen del principio de competencia.

Finalmente, lo que ha de ser objeto de negociación, lo es "en su ámbito respectivo", tal como se dice en el artículo 37.1 del TREBEP. Por lo tanto, la noción de "ámbito", que ha de traducirse por mesa de negociación, condiciona el objeto convencional, de manera que solo pueden negociarse en un determinado ámbito, o si se quiere, en una determinada mesa de negociación –la habilitada específicamente para ello– las materias objeto de un posible acuerdo.

4.3
Las materias que han de ser objeto de negociación

El reconocimiento del derecho a la negociación implica que el procedimiento convencional ha de desempeñar un papel sustancial en el establecimiento de las reglas configuradoras del estatuto de los empleados públicos. Esa función institucional presupone la atribución de un ámbito material suficientemente denso sobre el que pueda repercutir la norma colectiva. Ello requiere definir con una cierta precisión los espacios propios de la autonomía colectiva y los de otros posibles poderes ordenadores, organizativos o directivos con capacidad para incidir sobre la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios.

Cualquier reflexión sobre el ámbito que ha de ser objeto o no de negociación debe tener en cuenta las consideraciones siguientes:

- Las materias objeto de la negociación se establecen en el artículo 37.1 del TREBEP a través de un sistema de listas de carácter cerrado: una lista que señala las materias que han de negociarse preceptivamente, una lista en la que se contienen las materias que han de quedar excluidas de la obligación de negociar. Las listas de materias se establecen de una manera concreta por ámbitos, funciones y tipos de intervención, utilizando una serie de conceptos jurídicos de los que no

se puede prescindir sin disolver el sentido y la finalidad del precepto en cuestión, vaciándolo de contenido.

– El objeto de la negociación es la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios de una determinada entidad territorial. Tal como se dice en el artículo 31.2 del TREBEP, por negociación colectiva se entiende el derecho a negociar la determinación de las condiciones de trabajo de una Administración pública. Por lo tanto, lo que se negocia son las condiciones de trabajo y no el entero régimen jurídico de la función pública local, que sigue siendo de fundamentación legal. Con todo, nada impide que el concepto "condiciones de trabajo" pueda extenderse hacia otros ámbitos conexos como pueden ser la política de empleo o la acción social.
– La negociación es por naturaleza "colectiva". Es decir, referida a todos los funcionarios incluidos en un determinado ámbito de negociación y no a situaciones individuales o grupales de carácter concreto. El acuerdo colectivo no es un medio de intervención directa en la gestión ordinaria de personal. El acuerdo colectivo es un instrumento de regulación de las condiciones de trabajo de un determinado ámbito y una función pública.

En principio, los convenios colectivos de trabajo pueden regular un amplio abanico de temas en base a un principio general de libertad de contenidos, cuyo fundamento hay que encontrarlo en el artículo 37.1 de la CE. Un precepto desarrollado en el artículo 82.2 del TRET, donde se advierte de lo siguiente: "Mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad", y en el artículo 85.1 del TRET, donde se señala expresamente: "Dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de las relaciones de los trabajadores y de sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales". Obviamente, la libertad de contenidos no es absoluta, sino que está sometida a ciertos límites como pueden ser la Constitución y la ley, pero ello no es óbice para que pueda afirmarse un principio de libertad de elección de materias que resulta propio de la negociación entre trabajadores y empresarios.

La negociación colectiva de los funcionarios había combinado un sistema de lista de materias con una cláusula final de apertura de materias a la elección de las partes. El artículo 32 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (en

adelante, LORAP), acababa la enunciación de materias que deberían ser objeto de negociación con una letra e) con el contenido siguiente: "Las materias de índole económica, de prestación de servicios, sindical, asistencial y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus Organizaciones Sindicales con la Administración". Un redactado en el que se puede reconocer un evidente paralelismo con el artículo 85.1 del TRET.

Dicha cláusula de apertura ha sido eliminada del artículo 37 del TREBEP. El precepto citado contiene ahora una lista de materias relativamente cerradas para delimitar el objeto de la negociación. Listado que, como se ha señalado, carece de sistemática y precisión (Estévez Gómez, 2010: 78). Así, por ejemplo, la norma dedicada a las materias que han de ser objeto de negociación incluye contenidos típicos de la relación de servicio con otros de carácter orgánico. También mezcla condiciones de empleo con condiciones de trabajo sin que parezca haber un hilo conductor. De la misma manera, incluye como negociables algunas materias –clasificación de puestos de trabajo– que se consideran propias del correcto ejercicio de las potestades de organización, tal como se advierte en el artículo 72 del TREBEP. Finalmente, resulta criticable ese auténtico cajón de sastre que supone la letra m) del artículo en cuestión, donde se declara la obligación de negociar lo referente al calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, toda una serie de aspectos algunos de los cuales, como puede ser la elaboración del calendario de trabajo, se consideran una potestad-deber del empresario en el sector privado.

La propia jurisprudencia se ha hecho eco de la falta de coherencia del listado de materias objeto de negociación, que suele suscitar conflictos sobre la definición misma de los ámbitos que pueden ser objeto de negociación y su contradicción con las reservadas a las potestades de organización, dirección y control, que han de seguir siendo objeto de una decisión unilateral para salvaguardar los principios constitucionales de la organización administrativa y los derechos de los usuarios de los servicios públicos[20].

En todo caso, pensamos que una delimitación más correcta y precisa de los espacios de la negociación es una tarea necesaria y posible. Conviene advertir que una parte de la doctrina laboral que se ha ocupado de estos temas niega la utilidad de dicha concreción que se vería sobrepasada por los hechos, banaliza su posible utilidad o ignora la existencia de un sistema cerrado de listas para definir el objeto de la negociación. Es más, resultan frecuentes afirmaciones que sostienen que en materia de condiciones de trabajo de los

20. STS, Sala de lo Contencioso, de 30 de marzo de 2015, rec. 1718/2014.

funcionarios todo se puede negociar, o que el ámbito de la negociación es similar al que existe en la negociación colectiva laboral, por lo que no es preciso entretenerse en la configuración del artículo 37 del TREBEP, que a todos los efectos resultaría ser un precepto sobrero.

En esta dirección, se ha llegado a cuestionar el carácter de lista cerrada del artículo 37.1 TREBEP (Rodríguez Ramos, 2009: 614). También se ha mantenido que el contenido del artículo 37.1 del TREBEP resulta suficientemente amplio y genérico para incluir en él casi todas las materias que influyen en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios, con la única excepción de las que resultan expresamente excluidas (Alfonso Mellado, 2008: 50). De manera que puede llegarse a concluir que en la práctica se puede negociar todo o casi todo (Fabregat Monfort, 2016: 210), hasta el punto de que la diferencia entre el contenido del artículo 37.1 del TREBEP y el del artículo 85.1 del TRET es formal (García Pérez, 2011: 70).

La otra vía de banalización del sistema de listas para la determinación de las materias que han de considerarse objeto de la negociación pasa por la relativización de la prohibición de negociar determinadas materias que contiene el artículo 37.2 del TREBEP. Dicho precepto dispone lo siguiente: "Quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación, las materias siguientes". De aquí se ha deducido que el redactado del precepto no presupone un verdadero impedimento para la negociación, sino una simple exoneración de la obligación de negociar que permitiría abordar los ámbitos exceptuados siempre que hubiere voluntad política para ello por parte de los órganos de gobierno de la Administración. De esta manera, las materias excluidas de la negociación se acaban transformando en materias de negociación potestativa (Linde Paniagua, 2008: 37). Un planteamiento que en la práctica reduce a la nada los preceptos de la propia ley, privándolos de fundamento y sentido.

Ahondando en esta cuestión hay que dar cuenta de una jurisprudencia que nos parece especialmente delicada desde el punto de vista de lo que pudiera ser la correcta interpretación de las materias que han de ser objeto de consideración a efectos de dar el debido cumplimiento al deber de negociar. El planteamiento aparece citado de forma incidental en primeros pronunciamientos en los que se advierte de que no se puede proceder a una interpretación extensiva de los supuestos del artículo 37.2 del TREBEP que impiden la negociación colectiva de determinadas materias, ya que siempre van a quedar a salvo dichas excepciones, y en definitiva los intereses públicos que tutelan, pues el sistema de negociación que se prevé no impide que, de no existir acuerdo, la Administración siga ejerciendo libremente su potestad, y, en cual-

quier caso, el acuerdo deberá respetar siempre el ordenamiento jurídico[21]. De ahí se sigue la consolidación de una jurisprudencia que opta por el carácter extensivo del derecho de negociación frente al respeto, por ejemplo, del poder de organización y de los derechos de los ciudadanos, con un argumento sencillo: dado que el resultado de la negociación no es obligatorio, en caso de duda sobre el ámbito material objeto de trato convencional se ha de optar por un sistema de negociación obligatoria[22]. Lógicamente ello presupone la reducción al mínimo de las materias que han de quedar excluidas de la negociación, que, en definitiva, no resultan de obligada incorporación a un acuerdo colectivo.

La interpretación del sistema de listas y la determinación de sus contenidos en un sentido positivo o negativo nos sigue pareciendo una operación necesaria y coherente si no se quiere desnaturalizar el propio y exacto contenido de los preceptos que analizamos, que han de entenderse en sus justos y estrictos términos[23]. A nuestro entender una delimitación del alcance de las distintas materias que han de ser objeto de negociación es posible, aunque consista en una operación trabajosa y prolija. Cuando decimos que es posible utilizamos la expresión con la plena consciencia de que no vamos a proceder a esa operación en estas páginas. La delimitación precisa de las materias que han de ser objeto de negociación solo podría hacerse deduciéndola de las normas concretas estatales y autonómicas que en cada momento conforman el estatuto de los funcionarios. Pero también pensamos que la doble lista del artículo 37 del TREBEP proporciona hoy por hoy un esquema de las materias que han de ser objeto de negociación, o han de quedar al margen de ella, del que no se puede prescindir. Si se quiere contar con un esquema ordenador del objeto de la negociación de los funcionarios públicos, los conceptos del artículo 37 del TREBEP han de tener un significado mínimo, porque su función solo se puede cumplir con una precisión que los haga jurídicamente operativos.

Para que esta tarea sea posible resulta imprescindible traer a nuestro trabajo una serie de conceptos propios del derecho público como son los de materia y función, recurriendo para ello al depósito de instrumentos y técnicas que ha elaborado la doctrina que se ha dedicado a la delimitación de competencias en el sistema de autonomías territoriales (Viver i Pi-Sunyer, 1989: 36-47).

21. SSTS, Sala de lo Contencioso, de 26 de septiembre de 2011, rec. 1546/2008, y de 21 de junio de 2013, rec. 926/2012.
22. STSJ, Sala de lo Contencioso, de Madrid, de 3 de marzo de 2022, rec. 59/2020, y de 25 de mayo de 2022, rec. 980/2021.
23. SSTSJ, Sala de lo Contencioso, de Madrid, de 2 de diciembre de 2021, rec. 2251/2019, y de 4 de abril de 2022, rec. 1292/2021.

La noción de materia la utiliza el artículo 37 TREBEP, que viene encabezado por el significativo título de "Materias objeto de negociación". A partir de ahí el problema estriba en saber qué es una materia. La doctrina que se ha ocupado de la cuestión advierte de que en algunos casos se designa la materia por referencia a un bien u objeto físico concreto, y en otros se alude a instituciones o entidades, a disciplinas jurídicas, a institutos jurídicos o a actividades definidas de modo directivo o finalista. En nuestro caso la materia debería ser igual a una institución jurídica o a diversas instituciones jurídicas relativas al empleo público. El concepto de función hay que remitirlo a la legislativa y la ejecutiva, pudiendo distinguirse dentro de estas otras actividades más concretas como pueden ser la producción de las bases, la ordenación, la coordinación, la planificación, la actividad promocional, etc., o incluso parcelas de estas, como puede ser una determinada fase de un procedimiento simple o complejo de una actuación o una propuesta (Blasco Esteve, 1981).

Por lo tanto, para conocer el contenido de una posible intervención en una parcela institucional no hay que contar solo con el concepto "materia", sino que es preciso recurrir a la función que puede ejercerse sobre la misma y a su medida. Dicho de otra manera, hay que precisar las materias y los títulos de intervención sobre las mismas[24].

En todo caso, lo que para nosotros resulta de interés es averiguar si la determinación de ámbitos negociales tiene o no un carácter coherente, y cuáles son los criterios definidores de las materias y de los títulos de intervención.

En este punto resulta conveniente señalar la existencia de una serie de actividades que pueden proyectarse sobre las materias objeto de negociación, pero que no producen efectos jurídicos sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios. Se trata de intervenciones que se escapan al esquema funcional típico de la actividad administrativa y que por ello son difícilmente clasificables en el repertorio de las materias objeto de negociación. Aquí hay que contar con los actos programáticos o políticos de los órganos de gobierno, con los llamados actos internos, de los que sin duda forman parte las circulares, las instrucciones y las órdenes de servicio propias y exclusivas del poder jerárquico, y con los actos materiales o técnicos de carácter instrumental, considerados preparatorios o ejecutorios de una determinada decisión administrativa[25].

24. STSJ, Sala de lo Contencioso, de Canarias, Las Palmas, de 17 de diciembre de 2013, rec. 158/2013.

25. Sobre el tema de las circulares, instrucciones y órdenes de servicio que pueden ser objeto de negociación hay que prestar una especial atención a la STSJ, Sala de lo Contencioso, de Madrid, de 22 de abril de 2022, rec. 1902/2020.

Dicho esto, podemos empezar agrupando los institutos jurídicos propios de las materias objeto de negociación en los siguientes grupos:

- Las que hacen referencia a los derechos retributivos de los funcionarios. Aquí habría que incluir las letras a) y b) del artículo 37.1 del TREBEP, referidas a la aplicación del incremento de las retribuciones del personal y a la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios, cuyas referencias se pueden localizar en el título III, capítulo III del TREBEP.
- Las que hacen referencia al derecho a la carrera profesional, a la promoción interna y a la evaluación del desempeño. Epígrafe en el que podemos incluir una de las dicciones referidas en la letra c) del artículo 37.1 del TREBEP (carrera), la letra d) del mismo precepto referida a la materia evaluación del desempeño, y la letra f) que incluye los planes y fondos para la formación y la promoción interna, cuyas referencias se contienen en el título III, capítulo II del TREBEP.
- Las que hacen referencia a los derechos colectivos de los funcionarios. Derechos que cuentan con la única y parcial remisión de la letra h) del artículo 37.1 del TREBEP, que contiene una críptica mención a los derechos sindicales y de participación, derechos que en principio se mencionan en el título III, capítulo IV del TREBEP.
- Las que hacen referencia al tiempo de trabajo. Aquí se incluyen las llamadas de la letra m) del artículo 37.1 del TREBEP, relativas a la negociación del calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones y permisos, que se remiten a lo contenido en el título III, capítulo V del TREBEP.
- Las que hacen referencia al acceso al empleo público. Donde hay que incluir la limitada cita a la negociación del acceso que se contiene en la letra c) del artículo 37.1 del TREBEP, cuya remisión hay que hacer al extenso título IV del TREBEP.
- Las que hacen referencia a la ordenación de la actividad profesional. Entre dichas referencias hay que citar las contenidas en la letra c) del artículo 37.1 del TREBEP, que incluye las materias "provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos", ámbito que hay que completar con las menciones del artículo m) del mismo precepto relativas a movilidad funcional y geográfica y a la planificación estratégica de los recursos humanos, cuya remisión debe hacerse al contenido del título V, capítulos I, II y III del TREBEP.
- Las que hacen referencia a la acción social. Apartado en el que hay que incluir la letra e), que menciona los planes de previsión social

complementaria, la letra g), que incluye las prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas, y la letra i), que incorpora la acción social de la Administración, todas del artículo 37.1 del TREBEP.

– Las establecidas en la normativa de prevención de riesgos laborales, tal como se nos recuerda en la letra j) del artículo 37.1 del TREBEP.

Se trata, pues, de ocho ámbitos materiales que de manera resumida pueden enunciarse de la siguiente forma: retribuciones, carrera y promoción, derechos colectivos, tiempo de trabajo, acceso, ordenación de la actividad profesional, acción social y prevención de riesgos laborales.

Un modelo clásico de lo que puede determinarse propiamente como contenido de la negociación, que en sus líneas generales viene a coincidir con las materias incluidas en eventual contenido de la negociación que recogía la redacción original del articulado de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

Un modelo que no recoge aspectos sustanciales del texto normativo del TREBEP que tienen un indudable interés. Así, por ejemplo, la relación de materias objeto de la negociación no incluye ámbitos propios del régimen jurídico de la función pública con contenido regulatorio en el ordenamiento actual, como son los siguientes:

– Las clases de personal al servicio de las Administraciones públicas. Una regulación propia del título II del TREBEP, donde se ordena una materia de un indudable interés como pueden ser los trazos definitorios del personal no permanente propio de las instituciones públicas.
– Los deberes y las responsabilidades de los funcionarios. Entre las materias objeto de negociación no se contemplan los deberes propios de los funcionarios y su código de conducta, descritos en el título III, capítulo VI, del TREBEP. Tampoco se incluyen el régimen disciplinario contenido en el título VII del TREBEP y el régimen de incompatibilidades contemplado en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas.
– La pérdida de la condición de funcionario público. El título IV del TREBEP se refiere a la adquisición y pérdida de la relación de servicio. Sin embargo, aunque resulta posible negociar sobre la materia “acceso al empleo público” que conforma el capítulo I de este título, no sucede lo mismo con los preceptos del capítulo II del mismo relativos a la pérdida de la relación de servicio.
– Las estructuras profesionales de los funcionarios. Dentro de los preceptos dedicados a la ordenación de la actividad profesional en el título V del TREBEP existe un amplio contenido abierto al proceso de

negociación, como pueden ser la planificación de recursos humanos, la ordenación de puestos, la provisión de puestos y la movilidad, pero dichas materias no incluyen lo relativo a la clasificación profesional de los funcionarios o al sistema de cuerpos y escalas, que, en principio, queda al margen de la negociación en base a su consideración de materia que ha de quedar reservada a la ley.

– Las situaciones administrativas de los funcionarios. De hecho, el título VI del TREBEP se refiere al sistema de posiciones administrativas de los funcionarios, que no aparece incluido entre las materias objeto de negociación.

Por lo tanto, existen una serie de espacios que el artículo 37.1 del TREBEP no ha contemplado como materias de la negociación que adquieren una cierta consistencia, al incluir aspectos como pueden ser las clases y las estructuras profesionales de los funcionarios, el sistema de deberes y responsabilidades, las situaciones administrativas y la pérdida de la condición de funcionario.

En lo que hace referencia a la determinación concreta del ámbito funcional de la negociación, el artículo 37.1 del TREBEP utiliza las expresiones siguientes:

– La "aplicación" o la "determinación y aplicación", referida la primera, en su letra a), al "incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas", y la segunda, en su letra b), a "las retribuciones complementarias de los funcionarios".
– "Las normas que fijen los criterios generales" o "Las normas que fijen los criterios y mecanismos generales", para referirse a las materias incluidas en su letra c), concretamente "acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación", y en su letra d), especificada como "evaluación del desempeño". Nótese en este caso concreto que algunas de las materias así definidas resultan ser en sí mismas una actividad, como puede ser la planificación, o una fase de un procedimiento más complejo que se habrá de utilizar para ordenar los puestos de trabajo, tal como ocurre con las operaciones de clasificación de puestos.
– Una mención específica merece su letra j), que remite el objeto de la negociación a lo que se establezca en "la normativa de prevención de riesgos laborales". Aquí la función objeto de negociación no es propiamente la "normativa" de prevención de riesgos laborales, sino más concretamente las actividades y los ámbitos que se identifiquen

como negociables en las normas que regulen la prevención de riesgos laborales de los funcionarios.

– Con relativa frecuencia aparece la actividad de fijación de "criterios generales". Dicha expresión se utiliza, en su apartado f), para referirse a los "planes y fondos para la formación y la promoción interna", enunciado en el que vuelven a confundirse contenidos funcionales como pueden ser las actividades de planificación y de presupuestación con los materiales, incluidos en los términos "formación" y "promoción interna"; en su apartado g), para referirse a la determinación de "prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas"; en su letra l), a "ofertas de empleo público"; y en su párrafo m), cuando se mencionan como ámbito material del proceso de negociación los "criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos".
– Un nuevo supuesto de identificación entre actividades funcionales y materiales se produce cuando el objeto de la negociación es "los planes". Una referencia que solo aparece en solitario en su letra e), cuando se menciona como objeto de la negociación la "Previsión Social Complementaria".
– Más oscuro resulta ser el concepto de "propuestas" sobre "derechos sindicales y de participación" que incluye su letra h), lo que parece relativizar el contenido último de un acuerdo que aparentemente carece de eficacia jurídica directa.
– De características singulares es la negociación de las materias "cuya regulación exija norma con rango de ley" contenidas en el apartado k) del precepto estudiado. De hecho, el objeto de la negociación tiene aquí un rango o nivel superior y se refiere al ejercicio de la función legislativa, y, más concretamente, a la iniciativa legislativa de los órganos de gobierno que la tiene reconocida, pero interesa resaltar que se trata de un particular tipo de proyectos legislativos que resultan ser los que "afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios".
– Para terminar, están las materias atribuidas en bloque a la negociación sin ningún tipo de condicionante funcional, como son la mayor parte de las integrantes del apartado m), referidas a "calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica".

Si repasamos lo dicho hasta el momento veremos que desde una perspectiva estrictamente funcional las actividades que podemos identificar serían las siguientes:

- Una función legislativa que convierte en objeto negocial todas las normas con rango de ley que puedan afectar a las condiciones de trabajo de los funcionarios.
- Una función ejecutiva en la que puede reconocerse el ejercicio de la potestad reglamentaria que se proyecta sobre las materias referidas a la negociación de las "normas", "normativa" o "criterios generales". De hecho, la expresión "criterios generales" puede ser más amplia y llegar a incluir una serie de directrices que ordenen el propio ejercicio del poder discrecional en materia de personal. Nada impide negociar y regular un conjunto de "criterios generales" que sirvan de pauta para aplicaciones concretas. Ello implica que la negociación consiste fundamentalmente en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios en sus aspectos básicos, sin descender a actuaciones concretas. Por lo tanto, la expresión "criterios generales" tiene forzosamente un carácter excluyente de este tipo de actuaciones. De la misma manera que lo tiene la utilización del plural que se produce en la referencia expresa hecha a "planes y fondos para la formación y la promoción interna", o la efectuada en la negociación de las "ofertas de empleo público". Lo que se rechaza a través de la utilización de este tipo de expresiones es la negociación de resoluciones o ejecuciones concretas, es decir, la producción de actos administrativos de personal que han de ser adoptados por los correspondientes órganos de gobierno. Cuestión distinta es que, en ausencia de criterios generales, la aprobación de una decisión concreta con capacidad de afectación para un conjunto de individuos haya de ser objeto de negociación. Aquí el carácter de precedente, de constitución de un criterio que vincula a la Administración, puede hacer deseable su negociación. Con todo, conviene advertir de que la contraposición general/concreto es solo una faceta del concepto "criterios generales". La clasificación en función de elementos de generalidad presupone siempre la introducción de un factor cualitativo. Lo general es también lo estructural, lo básico, lo esencial, lo importante, lo que sustancialmente ha de ser objeto de negociación. Una consideración que no hay que olvidar a la hora de delimitar una materia.
- Dentro de la función ejecutiva de los órganos de gobierno que ha de ser objeto de negociación habrá que incluir también el ejercicio de la potestad de programación y planificación, estrechamente relacionada con la capacidad de organización, pero que no debe ser confundida con ella, potestad que incluiría aquellas materias sobre las que se proyectan determinadas expresiones como pueden ser los "planes" o los

"criterios generales de los planes y fondos", matizando que en un supuesto concreto lo que se negocia son los mismos planes, y en el otro los criterios generales que deberán tenerse en cuenta en las correspondientes operaciones de planificación, advirtiéndose también, como ya se ha hecho en el apartado anterior, de que en aquellos supuestos concretos en los que no se hayan establecido criterios previos, la negociación puede llegar a demandarse para cada operación de planificación concreta.

– En la misma función ejecutiva habrá que incorporar también las operaciones de "aplicación del incremento de las retribuciones" o las de "determinación y aplicación de las retribuciones". Pero dichas expresiones pueden y deben distinguirse. La primera alude a una intervención concreta que debe reflejarse para cada ejercicio en el correspondiente presupuesto. Se trata, pues, de una decisión en la que se instrumenta la potestad financiera de las corporaciones locales. La segunda utiliza las palabras "determinación" y "aplicación". De hecho, la determinación de las retribuciones no es otra cosa que la fijación de sus términos o criterios, por lo que a nuestro entender estos conceptos permitirían incluir en el ámbito de la negociación tanto la ordenación de las retribuciones complementarias como su posterior aplicación a través de los correspondientes instrumentos y decisiones administrativas.
– Lo planteado en el párrafo anterior sucedería también en aquellas materias que han resultado incluidas en el objeto de la negociación sin ningún matiz funcional, como pueden ser el calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, con el único límite de que dicha negociación tenga una proyección colectiva.

Recapitulando, si dejamos a un lado la negociación prelegislativa, las funciones que entran en juego en el proceso convencional son esencialmente las de planificación y reglamentación, mientras que la función propiamente aplicativa solo sería objeto de negociación en un campo muy estrecho en el que se incluiría la determinación de las retribuciones complementarias de los funcionarios, el tiempo de trabajo y la movilidad.

En otro orden de consideraciones, conviene tener en cuenta que la negociación en la función pública es un proceso de determinación de las condiciones de trabajo. El concepto "condiciones de trabajo" resulta ser un elemento esencial de la negociación en el sector público, de la misma manera que en el sector privado la negociación es "laboral".

Hay que negociar los planes, las normas y los criterios generales sobre condiciones de trabajo, hay que negociar determinadas condiciones de trabajo, y hay que negociar las decisiones dictadas en ejercicio de las potestades de organización cuando tengan repercusión sobre las condiciones de trabajo.

Pero no pueden confundirse las condiciones de trabajo con el entero estatuto funcionarial. El concepto "condiciones de trabajo" tiene en sí mismo un aspecto delimitador, advertido por nuestra jurisprudencia administrativa. Así, se señalará que no se puede dar al concepto "condiciones de trabajo" una interpretación extensiva que lo haga coincidente con el estatuto funcionarial íntegramente entendido[26]. Se observará que una regulación atinente a la adecuación de titulaciones exigidas para el acceso a determinadas subescalas de la Administración local y a los requisitos de acceso y provisión de puestos no afecta a las condiciones de trabajo, sino que integra el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración local[27]. Se añadirá que la interpretación de la locución "condiciones de trabajo" no puede extenderse hasta el punto de comprender toda la regulación de un determinado cuerpo de funcionarios, sino que ha de limitarse a las circunstancias que repercuten en la forma en que se desempeñe el trabajo en un puesto determinado[28].

En todo caso, la noción "condiciones de trabajo" no es una categoría jurídica establecida que pueda utilizarse con precisión. A la misma se llega ordinariamente por la enumeración de una serie de componentes que parecen afectar al contenido de la relación de servicios, pero no a su establecimiento y extinción. En un sentido amplio, se podría decir que condiciones de trabajo son todas aquellas circunstancias que conforman la relación de servicio. En un sentido estricto, las condiciones de trabajo se limitarían a los elementos que determinan la ejecución de la prestación y su retribución, en sus aspectos de clase, tiempo, cantidad y lugar de cumplimiento (Lorente Rivas, 2009: 204-222).

Que eso es así lo acredita una jurisprudencia donde se entiende que la expresión "condiciones de trabajo" se refiere a las circunstancias que tengan repercusión en la forma y el modo en que se desarrolle el trabajo en un concreto puesto[29], precisando que lo que se viene entendiendo por condiciones de trabajo son aquellas concretas materias y previsiones que determinan específicamente el estatus del trabajador, en definitiva cuestiones tales como la jornada laboral, el horario, las vacaciones y licencias; o, incluso, nos permite integrar en su seno cuestiones relativas a previsio-

26. STS, Sala de lo Contencioso, de 1 de febrero de 1995, rec. 835/1995.
27. STS, Sala de lo Contencioso, de 13 de octubre de 2006, rec. 137/2003.
28. STS, Sala de lo Contencioso, de 6 de febrero de 2007, rec. 639/2002.
29. STSJ, Sala de lo Contencioso, de Galicia, de 1 de junio de 2022, rec. 118/2021.

nes de contenido asistencial[30]; o como se dice en otro pronunciamiento, las condiciones de trabajo se refieren al horario, funciones y jornada entre otras cuestiones[31], debiendo descenderse en la negociación colectiva a los pormenores de organización de horarios, turnos, permisos, vacaciones y otras materias similares[32]; o en un sentido más detallado se advierte de que las condiciones de trabajo se refieren a la jornada de trabajo, calendario laboral, horario y turnos, descanso semanal, licencias, vacaciones y permisos, prestaciones y ayudas sociales[33].

Del repaso de esta jurisprudencia pueden desprenderse las afirmaciones siguientes:

- No parece existir una definición jurídica de la noción "condiciones de trabajo" en el estatuto de los funcionarios públicos.
- El entero régimen jurídico de los funcionarios no puede identificarse con el de sus condiciones de trabajo.
- El concepto "condiciones de trabajo" mantiene una estrecha relación con la forma y el modo de ejecución de la prestación de servicios en un puesto.

Conviene ahora afirmar que la negociación de las condiciones de trabajo es por naturaleza colectiva. Atañe a una generalidad de funcionarios[34]. Es decir, a supuestos de carácter común que precisan de negociación porque afectan al desempeño de funciones genéricas correspondientes a todos los empleados públicos[35]. Dicho de otra manera: el objeto de la negociación ha de tener una "proyección colectiva" y no una "proyección individual"[36], por lo que no deberían ser objeto de negociación aquellas circunstancias que atañen a una sola persona o que tienen un alcance individual en su contenido concreto[37]. De la misma manera, no hay que negociar aquellas actuaciones puntuales respecto a un puesto concreto, que, además, pueden ser de carácter extraordinario, urgente o temporal[38]. Pero tampoco parece existir el deber de negociar aquellas condiciones de trabajo que pudieran tener un carácter grupal por afectar a condiciones muy diferentes al resto de prestaciones de los profesionales de un determinado

30. STSJ, Sala de lo Contencioso, de Madrid, de 20 de enero de 2006, rec. 2890/2003.
31. STSJ, Sala de lo Contencioso, de Madrid, de 16 de octubre de 2007, rec. 340/2004.
32. STSJ, Sala de lo Contencioso, de Madrid, de 20 de noviembre de 2013, rec. 1535/2012.
33. STSJ, Sala de lo Contencioso, de Madrid, de 2 de febrero de 2013, rec. 1248/2011.
34. STSJ, Sala de lo Contencioso, de la Comunidad Valenciana, de 8 de febrero de 2013, rec. 631/2010.
35. STSJ, Sala de lo Contencioso, de Cataluña, de 3 de diciembre de 2013, rec. 122/2013.
36. STSJ, Sala de lo Contencioso, de la Comunidad Valenciana, de 24 de marzo de 2008, rec. 211/2007.
37. STSJ, Sala de lo Contencioso, de Madrid, de 6 de abril de 2010, rec. 521/2009.
38. SJCA, n.º 3, de Palma de Mallorca, de 27 de agosto de 2020, rec. 53/2020.

ámbito o sector[39]. En puridad, no hay una negociación del acto o la resolución individual o grupal.

4.4
Las materias que no han de ser objeto de negociación

El artículo 37.2 del TREBEP se refiere a materias que quedan "excluidas de la obligatoriedad de la negociación". Dichas materias son las decisiones de las Administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización, la regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas, la determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo, los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica, y la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público.

El ámbito de este trabajo no permite que nos ocupemos en profundidad de las materias excluidas[40]. Pero sí nos parece preciso realizar tres afirmaciones básicas.

La primera es que, si se analizan desde una perspectiva orgánica las materias excluidas, tienen una lógica interna que recientes intervenciones legislativas han comenzado a distorsionar. Así, lo que se excluye de la negociación son principalmente las potestades de organización, dirección y control de las Administraciones, y los derechos de los ciudadanos, los usuarios de los servicios o los directivos públicos. En definitiva, lo que en el ámbito privado serían los poderes de organización, dirección y control amparados por la libertad de empresa y los derechos de terceros. Ni más, ni menos. Con lo que se refuerza la tesis que hemos mantenido más arriba de que las materias excluidas no pueden ser objeto de negociación dado el carácter estrictamente irrenunciable de la potestad de organización, dirección y control y la particular índole de la serie de materias exceptuadas de la negociación que están reguladas por normas estrictamente imperativas y afectan a los derechos de terceros. La acción representativa de los sindicatos no se extiende a los ciu-

39. STSJ, Sala de lo Contencioso, de Cataluña, de 22 de septiembre de 2021, rec. 348/2019.

40. Aunque no debemos dejar pasar la oportunidad de advertir que en la etapa de la pandemia nuestra jurisprudencia ha señalado que se debe aceptar un incremento de las facultades de organización y dirección para hacer frente a la crisis sanitaria provocada por el coronavirus, tal como se puede ver en la STSJ, Sala de lo Contencioso, del Principado de Asturias, de 13 de diciembre de 2021, rec. 438/2020, y de Cantabria, de 22 de abril de 2022, rec. 265/2021.

dadanos que pretenden acceder a un empleo público, al procedimiento o a un particular servicio o prestación pública.

Dicho esto, parece que asistimos a un proceso de desestructuración del sistema de reparto de materias que se ha descrito, que se percibe de una forma clara en los siguientes datos normativos:

- El artículo 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, permitió la negociación de los procesos selectivos de estabilización, cuya articulación, se decía, "podrá" ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales, lo que supuso la habilitación de un nuevo tipo de materias entre las que deberían ser objeto de negociación y las que quedan excluidas de la obligación de negociar que serían las que "pueden" ser objeto de negociación, a la vez que indirectamente se producía una clara afectación sobre una de las materias del artículo 37.2.c) del TREBEP, donde se excluye de la negociación la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público.
- El artículo 2.4 de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, en línea con lo dicho en el párrafo anterior, permite ahora la negociación en cada ámbito territorial, con inclusión expresa de las entidades locales, de la articulación de los procesos selectivos de estabilización de empleo temporal que se prevén expresamente en la misma, produciendo el mismo efecto que ya se ha tenido ocasión de señalar.
- En el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, se reenvían las normas sobre teletrabajo que puedan dictar las distintas Administraciones públicas a la negociación colectiva del ámbito correspondiente, lo que es tanto como permitir a la negociación introducirse en la organización del trabajo a distancia y su distribución entre trabajo presencial y no presencial, con repercusión del derecho de los ciudadanos a ser atendidos presencialmente en las oficinas públicas.

Afectaciones a un modelo de distribución de materias negociales dotado de una cierta racionalidad y lógica, próximo, por cierto, al del sector privado, que en la práctica se iniciaron ya con la letra a) del artículo 37.1 del TREBEP, donde en el mismo momento en que se declara que quedan excluidas de la obligación de negociar las decisiones que afecten a las potestades de organización se advierte de lo siguiente: "Cuando las consecuencias

de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos contempladas en el apartado anterior procederá la negociación de dichas condiciones con las organizaciones sindicales a las que se refiere este Estatuto”[41].

5
La suspensión y la modificación de los acuerdos colectivos

El artículo 38.10 del TREBEP determina que se garantiza el cumplimiento de los pactos y acuerdos, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones suspendan o modifiquen el cumplimiento de pactos y acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público.

El artículo 32.2 del TREBEP garantiza el cumplimiento de los convenios y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones suspendan o modifiquen el cumplimiento de convenios y acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público.

En los dos casos se previene que, en estos supuestos, las Administraciones públicas deberán informar a las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o de la modificación.

A los efectos previstos en estos preceptos, la norma señala que se entenderá, entre otras, que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico o financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público.

Nos hemos referido en otro trabajo a aspectos que nos parecen esenciales de esta regulación, como puede ser la necesaria distinción entre la inaplicación “legal” o la inaplicación “administrativa”, y sobre todo a las causas

41. Véanse al respecto las interesantes SSTSJ, Sala de lo Contencioso, de Aragón, de 11 de noviembre de 2021, rec. 674/2021, y de Madrid, de 25 de mayo de 2022, rec. 980/2021, donde se plantea con claridad el dilema entre la conceptualización de la relación de puestos de trabajo como expresión de las facultades de organización y la obligación de negociar.

lícitas de una posible suspensión o modificación de lo pactado (Mauri Majós, 2021a: 75-84)[42].

Queremos ahora ahondar en la necesaria distinción entre la decisión de suspensión y la decisión de modificación del cumplimiento del acuerdo colectivo y sus posibles consecuencias al hilo del despunte de una jurisprudencia que a nuestro entender puede tener interés.

En principio, la decisión de inaplicar puede ser de suspensión o modificación del cumplimiento de los acuerdos consolidados. Por lo tanto, dos son los institutos jurídicos que la norma contiene: la suspensión y la modificación. La suspensión es una excepción temporal a la garantía del cumplimiento de lo pactado. La modificación es algo más. La modificación es la sustitución –también temporal– de la regulación convencional de una condición de trabajo por una regulación unilateral. Dicho de otra manera, la primera es una decisión suspensiva, mientras que la segunda es una decisión sustitutiva. Desde esta perspectiva, suspensión y modificación no son propiamente actos equivalentes, aunque las dos son medidas de naturaleza temporal. La suspensión y la modificación presuponen la inaplicación de la norma convenida durante un período de tiempo determinado. Lo que sucede es que en el caso de la suspensión no se cubre el vacío de regulación producido sobre una concreta condición pactada en el acuerdo inaplicado, mientras que en la modificación sí se da este particular efecto. En cualquier caso, ni la suspensión ni la modificación suponen la expulsión de la norma pactada del ordenamiento jurídico. Lo que sucede es que la obligación impuesta por la cláusula convencional aplaza temporalmente su cumplimiento, pero no se suprime, con lo que el correspondiente derecho será efectivo cuando no se cumplan las condiciones de excepción previstas[43]. Es decir, la suspensión o la modificación del acuerdo colectivo resulta ser siempre una medida temporal, pero no es definitiva. Las medidas excepcionales se presentan siempre como estrictamente temporales, es decir, solo están justificadas mientras permanezca la situación extraordinaria que las provocó. Una vez superada dicha situación, dejan de tener efecto. Es más, si con el paso del tiempo la regulación nacida de una situación coyuntural y destinada a cubrir una necesidad concreta traspasara tales límites y manifestara una tendencia a la permanencia y la estabilidad, podría hablarse con claridad de una falta de adecuación entre la situación habilitante y su resultado[44].

42. Aspectos estos sobre los que parece seguir insistiendo una constante jurisprudencia, como puede ser la constituida por las SSTSJ, Sala de lo Contencioso, del País Vasco, de 18 de febrero de 2022, rec. 1110/2020, y de Galicia, de 1 de junio de 2022, rec. 50/2022.

43. STSJ, Sala de lo Contencioso, del País Vasco, de 10 de abril de 2019, rec. 96/2019.

44. STSJ, Sala de lo Contencioso, de Castilla-La Mancha, de 3 de junio de 2014, rec. 590/2010.

La clave de la distinción entre suspensión y modificación parece estar en otro aspecto que no se puede considerar menor. La suspensión de la aplicación de un precepto convencional no deroga el precepto. Si se suspende la regulación de una determinada condición de trabajo o el reconocimiento de un derecho, una interpretación llana y simple lleva a pensar que dicha regulación o dicho reconocimiento se sigue regulando o reconociendo. Pero pierde su eficacia porque la regulación o el derecho quedan suspendidos de manera coyuntural y temporal. Esto es así porque lo que se suspende nunca desaparece del mundo jurídico y conserva la capacidad necesaria para ser aplicado en el momento oportuno. Sencillamente, queda aplazado y condicionado a que se alce la suspensión en ejercicios futuros cuando haya desaparecido la situación problemática que ha provocado la inaplicación del acuerdo colectivo. Pero la regulación o el derecho no se extingue, suprime o modifica, lo que significa que se conserva la regulación y el derecho y, por tanto, la posibilidad de recuperarlo, ya que solo se detiene o difiere en el tiempo, con las consecuencias que entrañe en el momento de su recuperación, consecuencias que pueden ser económicas y presupuestarias, dando lugar a los abonos oportunos a quien cause el derecho a cobrarlos[45].

De ahí que la suspensión o la modificación no constituyan técnicas alternativas de inaplicación de los acuerdos colectivos, sino institutos completamente diferenciados en sus consecuencias últimas. Lo que debería tenerse en cuenta.

6
Conclusiones

En el capítulo de conclusiones nos ha parecido más útil articular una serie de propuestas de mejora del actual sistema de negociación existente en la función pública territorial, que pudieran ser útiles desde la perspectiva estricta de una posible reforma de la legislación y de la corrección de la práctica convencional propia de nuestras entidades locales.

Dichas consideraciones podrían articularse de la forma siguiente:

– La negociación realizada por las asociaciones de municipios parece haber demostrado su utilidad para la formulación de acuerdos que pudieran adoptarse por aquellos municipios de menor dimensión, lo que permite cubrir los vacíos negociales existentes y reducir el esfuerzo convencional. En todo caso, resultaría preciso distinguir entre el en-

45. Véase la interesante SJCA, n.º 1, de Vitoria-Gasteiz, de 8 de junio, rec. 200/2020.

cargo de negociación y el acuerdo de adhesión/aprobación de la propuesta obtenida en la mesa de ámbito supramunicipal.

– Dicho encargo de negociación o acuerdo de adhesión resulta ser por naturaleza un acto convenido que solo puede adoptarse por la mesa de la correspondiente entidad local cuando ha podido formarse y actuar. Cuestión distinta es que no haya podido constituirse o, una vez integrada, no haya podido conseguir un acuerdo o no se haya otorgado la correspondiente ratificación, lo que parece mutar la naturaleza última de acto de adhesión que resultaría ser una expresión unilateral de la potestad reglamentaria y de organización de la correspondiente entidad local.
– La posibilidad de adhesión a los acuerdos alcanzados dentro del territorio de cada comunidad autónoma en un ámbito supramunicipal, si se quiere que sea de utilidad, debería reformularse permitiendo también la adhesión a los acuerdos alcanzados en un ámbito municipal que acreditara una afinidad funcional que pudiera dotar de razonabilidad la elección del acuerdo que se pretende adoptar.
– Si se quiere aprovechar todo el potencial que contiene el modelo de negociación conjunta de las condiciones de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, resulta imprescindible modificar el sistema de legitimación existente admitiendo que aquellos sindicatos que obtengan más de un 10 por ciento de representación en los órganos unitarios del personal funcionario o laboral puedan tener presencia en la correspondiente mesa de negociación.
– El deber de negociar en la función pública es una obligación de procedimiento, pero no de resultado, cuya práctica se ha de ajustar a los principios de buena fe, publicidad y transparencia, principios cuyo cumplimiento resulta esencial para garantizar la adaptación de las condiciones de trabajo a las necesidades de los servicios y dotar de efectividad a un derecho de negociación que resulta ser un contenido adicional de la libertad sindical.
– El procedimiento de negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios se fundamenta en un proceso de carácter bifásico que exige la formulación de una propuesta en la mesa de negociación y su aprobación por el órgano de gobierno.
– El acuerdo alcanzado en una mesa de negociación es técnicamente una propuesta que ha de ser considerada expresamente por el órgano de gobierno y cuyo contenido no se puede modificar, pudiéndose aprobar o no aprobar el correspondiente acuerdo colectivo en la configuración dada por el órgano de negociación.

- El acuerdo colectivo obtenido en el órgano de negociación y ratificado por el correspondiente órgano de gobierno es válido y eficaz y resulta directamente aplicable al personal incluido en su ámbito de aplicación sin necesidad de modificar o derogar las normas reglamentarias preexistentes, normas que han de considerarse expresamente derogadas o desplazadas.
- La determinación de las materias que han de ser objeto de negociación se establece en base a criterios y listas. Los criterios son los de alcance legal, competencia y ámbito específico de negociación. Las listas son las de las materias que han de ser objeto de negociación y las que han de quedar excluidas de dicha negociación.
- La negociación colectiva cumple con el principio de legalidad y el de jerarquía normativa, no contradiciendo a la ley y no penetrando en el espacio reservado a la ley. Pero la norma colectiva puede complementar y desarrollar la ley y puede también introducirse en el ámbito no regulado o no reservado a la ley.
- Las materias objeto de negociación han de ser de la exclusiva competencia de cada entidad local, es decir, el marco de negociación está en correlación directa con el contenido de las potestades normativas de los órganos de gobierno de la Administración local; en consecuencia, la introducción de una materia en la lista de las que han de ser objeto de negociación no habilita una competencia específica para su trato convencional que pudiera superar la concedida por el ordenamiento jurídico general.
- Lo que ha de ser objeto de negociación, lo es en su ámbito, es decir, en la mesa de negociación local habilitada específicamente para el trato convencional de una materia concreta.
- El objeto de negociación se establece a través de una lista que determina materia, funciones y tipos de intervención. Los ámbitos que han de ser objeto de negociación se refieren a retribuciones, carrera y promoción, derechos colectivos, tiempo de trabajo, acceso, ordenación de la actividad profesional, acción social y prevención de riesgos laborales. Pero la relación de materias negociales no incluye aspectos sustanciales del régimen jurídico de la función pública como pueden ser las clases de personal, las estructuras profesionales, el sistema de deberes y responsabilidades, las situaciones administrativas y la pérdida de la condición de funcionario. En consecuencia, no todo se puede negociar.
- Sobre estos ámbitos materiales ha de discernirse concretamente la función o el tipo de intervención que es objeto de negociación. En

este sentido, se utilizan expresiones como pueden ser la determinación y aplicación, las normas que fijen criterios generales, los criterios generales, los planes y fondos, las propuestas, o también fórmulas más concretas como puede ser la referencia hecha al calendario laboral, horarios, jornada, vacaciones, permisos y movilidad funcional y geográfica. Ello implica que a menudo la negociación se refiere a la determinación general de las condiciones de trabajo sin descender a resoluciones, actuaciones o ejecuciones concretas. Simplificando, desde una perspectiva funcional, el objeto de la negociación es la potestad reglamentaria, planificadora u ordenadora de la Administración local sobre su función pública.

– La negociación lo es siempre sobre las condiciones de trabajo y es por naturaleza colectiva. El procedimiento convencional debería versar principalmente sobre aquellas condiciones que mantienen una estrecha relación con la forma y el modo de prestación del servicio en un concreto puesto de trabajo. A la vez, la negociación es colectiva y ha de referirse a una generalidad de funcionarios, lo que parece descartar el tratamiento grupal o individual de condiciones de trabajo a través de actos o resoluciones administrativas.
– La lista de materias que han de excluirse de la negociación posee una determinada coherencia interna que convendría no distorsionar. Lo que debe excluirse de la negociación son los poderes de organización, dirección y control, los derechos de los ciudadanos y las condiciones de trabajo del personal directivo.
– Los acuerdos colectivos resultan siempre de obligado cumplimiento, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno suspendan o modifiquen su cumplimiento en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. Conviene insistir en la necesaria distinción entre la decisión de suspensión o modificación y sus efectos. La suspensión no deroga un precepto convencional y conserva la capacidad necesaria para ser aplicado en el futuro cuando haya desaparecido la situación problemática que la provocó, lo que significa que dicho derecho puede recuperarse, ya que solo se detiene o difiere en el tiempo. Obviamente, ello implica que los órganos de gobierno han de meditar siempre el alcance de sus acuerdos de suspensión o modificación, ya que un derecho suspendido puede tener consecuencias económicas y presupuestarias futuras.

7
Bibliografía

Alfonso Mellado, C. L. (2008). *Los derechos colectivos de los empleados públicos en el estatuto básico*. Albacete: Bomarzo.

— (2019). *Negociación colectiva y empleo público*. Albacete: Bomarzo.

Blasco Esteve, A. (1981). Sobre el concepto de competencias exclusivas. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 29, 307-318.

Bracci, M. (1961). *La proposta in diritto amministrativo. Dell´atto complesso in diritto amministrativo.* Florencia: Felice Le Monnier.

Estévez Gómez, C. (2010). El ámbito objetivo de la negociación colectiva en las Administraciones públicas. En R. Escudero Rodríguez (coord.). *Observatorio de la negociación colectiva. Empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización.* Madrid: Ediciones Cinca.

Fabregat Monfort, G. (2016). *Introducción al derecho laboral en el empleo público*. Albacete: Bomarzo.

García Pérez, M. (2011). *El contenido de la negociación colectiva entre administraciones y empleados en régimen laboral*. Oviedo: Consejo Económico y Social del Principado de Asturias.

Gómez Abelleira, F. J. (1997). *La adhesión al convenio colectivo*. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia (EGAP).

Linde Paniagua, E. (2008). Notas sobre la naturaleza, el ámbito y el desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público. En E. Linde Paniagua (dir.). *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las comunidades autónomas*. Madrid: Colex S.A.

Lorente Rivas, A. (2009). *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo* [tesis doctoral]. Universidad de Granada.

Marín Alonso, I. (1999). *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcionarial en la Administración pública. Los acuerdos mixtos*. Granada: Comares.

Mauri Majós, J. (2021a). *Libertad sindical y negociación colectiva. Peculiaridades de su ejercicio en el estatuto del personal funcionario*. Barcelona: CEMICAL – Diputación de Barcelona.

— (2021b). Negociación colectiva y sindicalismo en el empleo público. En J. Cantero Martínez (coord.). *Continuidad versus transformación: ¿qué función pública necesita España?* (pp. 447-466). Madrid: INAP.

Olarte Encabo, S. (1995). *El convenio colectivo por adhesión. Régimen jurídico-positivo*. Madrid: Civitas.

Rodríguez Ramos, M.ª J. (2009). Derechos colectivos de los empleados públicos. En F. A. Castillo Blanco (dir.). *Manual del Empleo Público.* Madrid: IUSTEL

Roqueta Buj, R. (2013). *Negociación colectiva en el ámbito de las Administraciones locales.* Granada: CEMCI.

— (2021). Negociación colectiva y sindicalismo en el empleo público. Potestades de organización y negociación colectiva en el sector público. *Continuidad versus transformación: ¿qué función pública necesita España?* (pp. 467-484). Madrid: INAP.

Viver i Pi-Sunyer, C. (1989). *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*. Barcelona: Ariel.

II. Sección general

La incompatibilidad del artículo 178.2.b) LOREG entre los cargos de concejal y empleado de una misma entidad local: una difícil ponderación de intereses constitucionales[1]

Jaime Clemente Martínez[2]

Profesor asociado de Derecho Constitucional.
Universitat Jaume I de Castellón

1. **Criterios generales de la incompatibilidad del artículo 178.2.b) LOREG**
2. **Los requisitos que permiten compatibilizar el puesto de concejal con el de personal del consistorio**
   2.1. La no incorporación en la plantilla municipal
   2.2. Financiación (y selección) por entidad externa
   2.3. La duración temporal y la obra determinada del contrato
3. **Conflictos de intereses de concejales con funciones delegadas**
4. **La decisión de la incompatibilidad: en manos del pleno municipal**
5. **La (in)compatibilidad en concejales empleados de mancomunidades y en entidades dependientes del consistorio**
6. **Conclusiones**
7. **Bibliografía**

Artículo recibido el 28/09/2022; aceptado el 11/10/2022.

1. Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación DATATRANSCO, con referencia n.º PID2021-128309NB-I00.

2. Profesor asociado de Derecho Constitucional de la Universitat Jaume I de Castellón y doctorando en Derecho por dicho centro. Ha ejercido como funcionario de carrera de Administración local con habilitación de carácter nacional, subescala de Secretaría-Intervención. Asimismo, también ha desempeñado el cargo de subdirector general en la Conselleria de Transparencia de la Generalitat Valenciana, y el puesto de responsable del Área de Administración Local en la Subdelegación del Gobierno en Castellón.

Resumen

El régimen de incompatibilidades de los cargos electos locales, y en especial el del artículo 178.2.b) LOREG, es uno de los ámbitos de gran conflictividad constitucional, fruto de la numerosa casuística propia de los ayuntamientos. Ello es consecuencia de la afectación del artículo 23 de la Constitución a esta prohibición, que ha hecho que la jurisprudencia y la Junta Electoral Central hayan establecido un elenco de requisitos que excepcionan este precepto. De este modo, analizaremos los condicionantes que permiten compatibilizar el puesto de concejal con el de personal del propio consistorio, donde se debe realizar una difícil ponderación de intereses constitucionales que, hoy en día, todavía no es pacífica y exige de un desarrollo para mayor protección de los derechos constitucionales afectados. Estos son el referido artículo 23 de la Constitución, que permite la participación política, y el artículo 103 de la Constitución, que trata de evitar conflictos de intereses al garantizar la objetividad y el interés general en las entidades locales españolas.

Palabras clave: *incompatibilidades; cargos electos locales; participación política; interés general; objetividad; buen gobierno local.*

The incompatibility of article 178.2.b) LOREG between the position of councilor and employee of the same local entity: balancing complex constitutional interests

Abstract

The legal framework of local elected officials' incompatibilities, especially that of article 178.2.b) Organic law of the General Electoral Procedure (LOREG), is one of the areas that present an intense constitutional conflict because of the complexity and variety of each municipality. The applicability of Article 23 of the Spanish Constitution has forced the Central Electoral Board and courts to establish a list of exceptions to that constitutional provision. In this line, the article analyzes the conditions for reconciling the position of councilor with that of the staff of the consistory itself, where there is a complex balancing of constitutional interests. The solution is still not peaceful and requires further developments for a better protection of the constitutional rights at stake. These are the rights set forth in article

23 of the Spanish Constitution, which allows political participation, and rights provided by Article 103 of the Spanish Constitution, which try to prevent conflicts of interests by guaranteeing objectivity and the general interest of Spanish local entities.

Keywords: incompatibilities; local elected officials; political participation; general interest; objectivity; good local government.

1
Criterios generales de la incompatibilidad del artículo 178.2.b) LOREG

Desde el mismo momento de la aprobación del régimen de incompatibilidades establecido en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), ha surgido una numerosa casuística sobre cómo aplicar dichas reglas, siendo el supuesto previsto en el artículo 178.2.b) uno de los que han generado mayor debate en el ámbito local. En primer lugar, debemos detenernos en la lectura literal de dicho artículo 178.2.b) LOREG: "Los Directores de Servicios, funcionarios o restante personal en activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él", donde se establece que una de las incompatibilidades que tienen los concejales cuando van a tomar posesión de su cargo, es la imposibilidad de poder ser empleado municipal y concejal de la misma corporación.

A priori, deducimos de dicho articulado que existe una prohibición absoluta de ser funcionarios u otro personal en activo del ayuntamiento donde han sido elegidos concejales. De hecho, esta incompatibilidad abarcaría cualquier relación de trabajo con el consistorio local (Rueda Gómez, 2000). Ello supone que los empleados municipales no podrán estar trabajando en el mismo consistorio donde sean concejales, sin perjuicio de que estén trabajando en un ayuntamiento y sean concejales en otro distinto, lo cual no genera ninguna incompatibilidad, tal y como ya fue afirmado por la Junta Electoral Central (JEC) en acuerdo n.º 52/1988, de 21 de octubre de 1988.

De esta forma, la norma orgánica parece clara al no permitir ser personal y concejal en el mismo ayuntamiento al mismo tiempo. De hecho, si nos fijamos en el artículo 87.1.f) del 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 (TREBEP), se permite la opción de ser

nombrados en servicios especiales a quienes sean elegidos concejales, lo cual les permite mantener sus puestos de trabajo de funcionarios o personal laboral fijo en los consistorios en los que hayan sido nombrados concejales durante el tiempo en el que estén desempeñando los cargos electos[3]. Ello va en consonancia, como recuerda Moltó i Darner (1994: 180), con el artículo 7.2 de la Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, que garantiza la remuneración y cobertura social de los mandatarios locales durante el desempeño de su trabajo.

Encontramos en el artículo 10.2 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, un mecanismo consecuencia lógica de dicha incompatibilidad, ya que dicho reglamento establece un plazo de 10 días para elegir entre el puesto de concejal o el de funcionario. El sentido de esta incompatibilidad es garantizar la imparcialidad y objetividad (artículo 103 CE) y el buen gobierno municipal (artículo 26 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno). En efecto, la imparcialidad para los responsables públicos, como afirma Pérez Monguió (2017: 192), es fundamental para evitar que se comprometa "la imparcialidad o independencia en el ejercicio o desempeño del cargo"; y como expone Galindo Caldés (2019: 119), para proteger la objetividad en el ejercicio de los intereses generales se establece el sistema de incompatibilidades aplicable a los cargos electos locales. Con ello se pretende evitar conflictos de intereses que, con frecuencia, podrían generarse para aquellas personas que no respetaran dicha prohibición del artículo 178.2.b) LOREG.

Ahora bien, la existencia de dicha incompatibilidad entre los cargos de concejal y empleado de la misma corporación ha generado (y lo sigue haciendo en la actualidad) una gran conflictividad, por lo que Arnaldo Alcubilla (2009: 536) señala que los ayuntamientos suelen acudir a la JEC, donde "son muy frecuentes las consultas sobre incompatibilidades de concejales. La respuesta de la Junta no es vinculante para la corporación, pero sí tiene una gran fuerza persuasiva", ya que las entidades locales acuden a dicha entidad, como indica el autor, ante "la enorme soledad jurídica en la que se encuentran los ayuntamientos que acuden al socorro de cualquier institución que les permite criterio objetivo y sostenible".

3. Este cambio a la situación de servicios especiales se realiza de forma automática, ya que se infiere que la persona opta preferentemente por desempeñar el puesto de concejal, como se expone en Ramal Mata (2015: 5).

2
Los requisitos que permiten compatibilizar el puesto de concejal con el de personal del consistorio

Así pues, aunque dicha causa de incompatibilidad del artículo 178.2.b) LOREG ha sido reafirmada por la Junta Electoral Central en varios acuerdos[4] que establecen claramente la prohibición de ser concejal y empleado en el mismo ayuntamiento, esta regla debe ser interpretada con determinados matices.

Ello es así a raíz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, en su sentencia de 26 de abril de 2002[5], estableció por primera vez una interpretación restrictiva de dicha incompatibilidad de la LOREG a la luz de los derechos de participación política del artículo 23 CE. De tal forma que la prohibición de compaginar el puesto de concejal y el de empleado municipal solo operará, según dicha STS de 26 de abril de 2002, cuando resulte prescindible para "garantizar la objetividad, imparcialidad, eficacia y transparencia en el desempeño del cargo o función pública de que se trata". Precisamente, Arroyo Gil (2019: 342) analiza cómo este derecho de participación política "se encuentra claramente constreñido al respeto al derecho de igualdad y a la prohibición de discriminación consagrado en el artículo 14 CE", por lo que para garantizarlo efectivamente, y que no sea de mayor protección dicho derecho del artículo 23 CE de un concejal frente al de otro, únicamente debe limitarse dicha participación política cuando afecte a incompatibilidades que pongan en riesgo los citados principios de buen gobierno (objetividad, imparcialidad, eficiencia y transparencia).

En efecto, también Alonso Mas (2018: 154) nos recuerda, en el ámbito de las mociones de censura, que la limitación a los derechos de participación política debe hacer, de forma restrictiva, una interpretación también aplicable a las incompatibilidades de los concejales, ya que en la práctica nos referimos a un derecho fundamental, y es que una actitud no restrictiva en cuanto a esta prohibición, como defiende Boscos Redondo (2021: 84), acabaría lesionando el derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución. Si bien Català i Bas (2014: 56) analiza cómo no todas las limitaciones que se imponen a un concejal suponen necesariamente un ataque al núcleo esencial de este derecho fundamental, lo cierto es que una interpretación demasiado estricta de la incompatibilidad del artículo 178.2.b) LOREG implicaría obligar al cargo

4. Véanse, entre otros, el acuerdo n.º 453/2004, de 15 de noviembre de 2004, o el acuerdo n.º 32/1991, de 4 de abril de 1991, de la Junta Electoral Central.

5. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda) de 26 de abril de 2002 (Recurso 447/1997).

electo a no poder trabajar como empleado en la Administración donde fuese concejal (cuando quizás concurrían el resto de requisitos para ello); por lo que, sin duda, la afectación del artículo 23.2 CE es clara, y de ahí la necesaria apreciación más tolerante de dicha prohibición de la LOREG en favor de los derechos de participación política.

Por tanto, partiendo de dicha interpretación restrictiva de la incompatibilidad del artículo 178.2.b) LOREG, procede analizar cómo debe ejecutarse dicha interpretación, que ha sido apreciada por la Junta Electoral Central en diversos acuerdos.

2.1
La no incorporación en la plantilla municipal

En primer lugar, encontramos como primer requisito que no se integre el empleado (que también sea concejal) en la plantilla de la entidad local, donde se ubican los puestos estructurales; así lo afirma el acuerdo JEC n.º 375/2007, de 6 de julio de 2007. Por tanto, la falta de inclusión en la plantilla nos hace pensar que se trata de una contratación de personal coyuntural, ya que para estar en la plantilla se requiere que se trate de un puesto de trabajo con vocación de permanencia.

De esta forma, cualquier contratación que pretenda cubrir una necesidad sobrevenida y cuya planificación previa por la entidad local no sea posible, será susceptible de ser compatible con un cargo de concejal electo (por ejemplo, un contrato temporal de refuerzo de limpieza fruto de la crisis del COVID-19). A este respecto, es necesario precisar que no necesariamente la falta de planificación en la gestión de los recursos humanos es un indicio claro de que nos refiramos a un puesto de trabajo coyuntural, ya que, como exponen Busquets *et al.* (2018: 59), la mayoría de las actuaciones de las entidades locales en materia de personal son reactivas, no proactivas, y por tanto no derivan de la anticipación y la planificación. Por tanto, para detectar cuándo nos referimos o no a un puesto coyuntural, que no genere la incompatibilidad del artículo 178.2.b) LOREG, habrá que analizar en abstracto si el puesto podría efectivamente haber sido objeto de planificación.

Un supuesto paradigmático en el que no cabría apreciar la incompatibilidad del artículo 178.2.b) LOREG lo encontramos en la contratación a raíz de subvenciones de empleo que se conceden a entidades locales, cuyo principal objeto es permitir contrataciones temporales financiadas por la Administración autonómica o estatal que persiguen, sobre todo, reducir el desempleo local. Por tanto, en estos casos, el objeto de la subvención no es cubrir una ne-

cesidad de personal en un servicio municipal. No obstante, resulta necesario en este punto hacer una apreciación, ya que las numerosas convocatorias que realiza la Administración autonómica para fomentar la contratación de personal[6], hacen pensar que estas ayudas, más que suponer una obra o servicio determinado, acaban cubriendo necesidades cuasi permanentes en las entidades locales con personal temporal (como por ejemplo el personal administrativo de un servicio o el personal de mantenimiento y limpieza viaria). En efecto, Suárez Corujo (2017: 156) señala cómo la "cultura de la temporalidad" en las Administraciones ha hecho que se acepte como normal que personal temporal ocupe puestos estructurales, ya que, como recuerda Sánchez Morón (2020: 135-142) y reitera Boltaina Bosch (2021: 67), la temporalidad se trata de una "historia interminable" en las Administraciones, lo cual nos dificulta más todavía la interpretación sobre la eventual prohibición del artículo 178.2.b) LOREG, ya que el hecho de que el puesto de trabajo sea temporal no supone necesariamente un indicador infalible de que no sea un puesto estructural.

Nos puede servir como referencia la reciente normativa de estabilización de personal, que establece en el artículo 2.1 de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, que podrán ser estabilizados los puestos de trabajo de los ayuntamientos de carácter estructural, se encuentren o no incluidos en la plantilla municipal. Por tanto, ya nos advierte la reciente Ley 20/2021 que no necesariamente se encuentran todos los puestos estructurales reflejados en la plantilla municipal. En efecto, Jáñez y García (2022: 73) consideran que es estructural un puesto cuando está en la organización municipal para realizar una actividad que lleva a cabo de forma permanente el ayuntamiento, lo que no siempre coincide necesariamente con la plantilla.

Esto nos llevaría a pensar que pierde sentido la interpretación de la Junta Electoral Central de que no se produce incompatibilidad del artículo 178.2.b) LOREG si el puesto no se incluye en la plantilla, ya que es posible que, a pesar de ello, el puesto no tenga naturaleza coyuntural. En un supuesto como este, deberían la corporación local y el concejal afectado poner en juego los intereses en valor y evaluar si verdaderamente se va a producir un conflicto de interés al ocupar un puesto de trabajo que, en la práctica, tiene naturaleza estructural, lo cual supondría un ejemplo de mal gobierno local. En dicha ponderación resulta conveniente tener en cuenta los conflictos que sean solo

6. En este sentido, sirven como ejemplo las convocatorias de fomento del empleo que realiza la Generalitat Valenciana anualmente desde hace cinco años, las cuales acaban usando las entidades locales para cubrir necesidades estructurales del consistorio. Véanse los siguientes enlaces de convocatorias que se iniciaron en 2018 y siguen convocándose en 2022: EMCUJU-2018 y EMPUJU 2022.

aparentes, ya que, como considera Jiménez Asensio (2017: 7), dicha apariencia resulta de relevancia, "pues está en juego la imagen de la institución en su conjunto y no tanto la reputación de la persona"; por tanto, un balance de la incompatibilidad que tenga en cuenta también dicha apariencia permitirá proteger mejor el prestigio del ayuntamiento.

2.2
Financiación (y selección) por entidad externa

Como se ha avanzado, el siguiente requisito para no apreciar la incompatibilidad que parece producirse (junto con la falta de inclusión en la plantilla del ayuntamiento) es que la retribución se realice con fondos de otra Administración; así se pronuncia, por ejemplo, el acuerdo JEC n.º 509/2011, de 15 de septiembre de 2011. Por tanto, el hecho de que la contratación temporal venga financiada por otra Administración es un indicador para entender que no se deriva tal prohibición del artículo 178.2.b) LOREG, en la medida en que el consistorio no ha tenido que sufragar los gastos de dicho contrato y por tanto puede presumirse que el consistorio local no tiene tanto margen de control sobre dicho contrato.

Ahora bien, no puede olvidarse que una cuestión es cómo se financia una contratación en un ayuntamiento y otra distinta es la vinculación de esa persona con la entidad local. Aunque presupuestariamente los fondos sean aportados por otra Administración, en la práctica el contrato laboral se suscribe entre la persona y el ayuntamiento, y dicho empleado está sujeto a la dirección de la corporación local, como así lo confirma Roqueta Buj (2021) al analizar un caso semejante de un programa de empleo financiado por la comunidad autónoma, pero donde la dependencia del trabajador contratado es con el ayuntamiento. Por tanto, será el ayuntamiento (no la Administración que concede la ayuda) el que acabe dando órdenes en el día a día al trabajador contratado.

Otra cuestión que todavía generaría más debate sobre la posible incompatibilidad de la situación del concejal con el personal laboral temporal es si esta financiación no cubre la totalidad de los gastos del contrato, algo que sucede con cada vez más frecuencia, como analizan Navarro *et al.* (2018: 57) en su estudio de los programas de empleo de ayuntamientos de la Comunidad de Madrid, donde las entidades locales han aumentado el gasto en materia de fomento de empleo por la reducción de aportaciones de la comunidad autónoma. A este respecto, no parece que encontremos un criterio de la JEC que aclare taxativamente si existe incompatibilidad si la financiación externa de

la contratación solo es parcial, lo que implicaría que una parte la asuma el ayuntamiento.

Resulta de interés en este sentido el acuerdo JEC n.º 66/2020, de 28 de mayo de 2020, donde el Ayuntamiento de Fuentes de León (Badajoz) consulta la posible compatibilidad con el cargo de concejal de un puesto de trabajo financiado solo en parte por la Comunidad Autónoma de Extremadura; por tanto, sin que toda la financiación sea externa[7]. En este supuesto, la Junta parece reiterarse en su argumentario habitual de que no habrá incompatibilidad si es financiada por fondos externos, pero sin entrar en el debate concreto de qué sucede si solo una parte de la financiación es ajena al consistorio. De hecho, la JEC expone en dicho acuerdo lo siguiente: "Tampoco es competencia de la Junta Electoral Central elaborar informes jurídicos sobre asuntos de competencia municipal". Mediante esta afirmación, la Junta ya avanza que no ofrecerá la solución definitiva al problema para el consistorio, ya que, como advierte Arnaldo Alcubilla (2009: 536), es habitual que la Junta indique que "carece de competencia para revisar la legalidad de los acuerdos adoptados por las corporaciones locales en materia de incompatibilidad", y por ello la cuestión sobre la posible incompatibilidad acabará siendo, en última instancia, decisión de la corporación municipal.

Aunque no parece existir un criterio claro de la Junta para el caso de la financiación externa parcial de un contrato de trabajo temporal, sí que encontramos resoluciones referidas a la prohibición del artículo 178.2.d) LOREG que indican que no podrá compatibilizarse el puesto de concejal cuando la contratación administrativa de una obra, un servicio o un suministro se financie en parte por el consistorio; así se afirma en el acuerdo JEC n.º 277/2021, de 4 de mayo de 2021. Por tanto, por interpretación analógica, podemos deducir que si la contratación temporal de una persona no es financiada totalmente de forma externa por una entidad ajena al ayuntamiento, se aplicará la prohibición del artículo 178.2.b) LOREG.

Eventualmente, puede darse la circunstancia de que financiándose la totalidad del gasto por otra Administración, cuando se vaya a justificar dicha ayuda externa, haya algún problema durante la ejecución de la misma y la Administración otorgante no acepte la justificación de la subvención. Como recuerda Rodríguez Díaz (2006: 508), la entidad local está obligada a gestionar adecuadamente dicha ayuda destinada a la contratación temporal; de lo contrario, corre el riesgo de incurrir en responsabilidad y tener que realizar

7. En concreto, el puesto que se pretende compatibilizar está financiado en un 66 % por la Comunidad Autónoma extremeña y en un 34 % por el Ayuntamiento de Fuentes de León, según consulta a la JEC realizada por el alcalde de la entidad local en fecha 8/5/2020.

reintegros totales o parciales. De este modo, el Ayuntamiento acabaría asumiendo de forma imprevista un gasto que, en principio, iba a ser financiado por otra Administración.

Incluso podría producirse una circunstancia que complicaría más la situación; esta sería que se deniegue la justificación de la subvención cuando el concejal ya estaba contratado por el ayuntamiento. De producirse esto, nos encontraríamos ante una situación de incompatibilidad sobrevenida, ya que inicialmente sí se contaba con financiación externa cuando se contrató al concejal, pero después dicha financiación es retirada, por lo que debe asumir los gastos el propio ayuntamiento y, según los citados acuerdos de la JEC, una circunstancia de contratación de un concejal como personal en su propio consistorio cuando no hay financiación externa es incompatible conforme a la LOREG. De esta forma, se generaría una situación sobrevenida de incompatibilidad en la que poco se podría hacer, puesto que no resultaría posible volver atrás en el procedimiento y evitar la realización del contrato laboral, porque ya se ha llevado a cabo. En el ámbito de la contratación administrativa, la STS de 24 de abril de 1989[8] expone cómo una situación sobrevenida de incompatibilidad de un concejal generaría la extinción del contrato y la derivación de la responsabilidad correspondiente, con lo cual entendemos que incluso habiéndose iniciado ya el contrato laboral el posible surgimiento de dicha prohibición resulta relevante.

Por tanto, ya sea porque la financiación de la contratación temporal podría ser solo parcialmente externa o bien porque aunque dicha financiación externa sea total podría verse revocada si hubiera problemas en la justificación de la subvención, podemos considerar que el criterio de que la financiación sea externa de la entidad local para entender que no hay incompatibilidad del artículo 178.2.b) LOREG, puede generar numerosas lagunas sobre si verdaderamente sirve para garantizar la falta de conflicto de interés en concejales que quieren trabajar en su consistorio. Deducimos así que resulta necesaria una mejor regulación en este ámbito, ya que de lo contrario pueden existir interpretaciones diversas de este artículo 178.2.b) LOREG.

Quizás deberían aplicarse a otros criterios más relacionados con la ausencia de conflictos de intereses y que permitan verdaderamente comprobar que se garantizan los principios de objetividad, imparcialidad, eficacia y transparencia en el desempeño del cargo de concejal, conforme prevé la citada STS de 26 de abril de 2002 y que también se recogen como principios de buen gobierno en el artículo 26 de la Ley 19/2013. En efecto, al implementar unos

8. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera) de 24 de abril de 1989.

criterios de interpretación del artículo 178.2.b) LOREG más centrados en valores de transparencia y ética pública se conseguirá reforzar la legitimidad institucional del ayuntamiento; así lo indica Prieto Romero (2011) al referirse a la implementación de políticas públicas basadas en los citados valores.

Otro requisito que parece deducirse de los acuerdos de la Junta es que el proceso selectivo del puesto de trabajo temporal que pretende compatibilizar un concejal sea desarrollado por una entidad externa al ayuntamiento. Así lo encontramos referenciado en acuerdo JEC n.º 554/2003, de 10 de julio de 2003, si bien este requisito dista de ser una condición indispensable para entender que no opera la prohibición de la LOREG, en la medida en que no lo encontramos reiterado en los posteriores acuerdos de la JEC. En este sentido, encontramos el reciente acuerdo JEC n.º 19/2022, de 20 de enero de 2022, en el que la JEC, tras las múltiples consultas que se le han ido formulando en los últimos años[9], recoge todos los requisitos para entender que no hay prohibición del artículo 178.2.b) LOREG: "si el interesado no se incorpora a la plantilla de personal del Ayuntamiento, ni tampoco cuando se trate de obras de corta duración financiadas con fondos ajenos al Ayuntamiento, siempre que no se convierta en contratista de la corporación local"; sin incluir entre ellos la necesidad de que el proceso selectivo sea asumido por una entidad externa al consistorio. Pudiendo deducirse, por tanto, que la asunción del proceso selectivo por una entidad externa al ayuntamiento es un elemento indiciario de la compatibilidad, pero en la práctica no resulta determinante para apreciar la posible incompatibilidad del concejal. Por tanto, querer añadir como un requisito indispensable la asunción externa de un proceso selectivo iría en contra de la interpretación restrictiva de la prohibición del artículo 178.2.b) LOREG que se viene realizando por la jurisprudencia y la JEC.

2.3
La duración temporal y la obra determinada del contrato

El siguiente elemento a considerar para poder apreciar la posible incompatibilidad del artículo 178.2.b) LOREG es la duración del contrato con el consistorio local. El criterio adoptado reiteradamente por la JEC es que debe ser de corta duración para ser considerado compatible[10], por lo que, en principio, cualquier contrato indefinido quedaría descartado. La cuestión principal con-

9. En este sentido, encontramos también el acuerdo de la JEC n.º 534/2019, de 1 de julio de 2019, que tampoco se refiere expresamente al proceso selectivo.

10. Véanse, entre otros, los acuerdos de la JEC de 2 de junio y 10 de noviembre de 2005; de 27 de septiembre, 25 de octubre y 8 de noviembre de 2007; y de 12 de noviembre de 2009.

siste en determinar dicho concepto jurídico indeterminado de "corta duración". En ese sentido, y si consultamos los últimos pronunciamientos de la Junta sobre las excepciones a la prohibición del artículo 178.2.b) LOREG, como es por ejemplo el acuerdo n.º 28/2022, de 27 de enero de 2022, nos encontramos de nuevo con dicha terminología: "no existe incompatibilidad [...] cuando se trate de obras de corta duración", pero no se define el concepto de temporalidad.

La citada STS de 26 de abril de 2002 considera que no existe dicha incompatibilidad en el caso enjuiciado en la medida en que el puesto de trabajo a desempeñar por el concejal es en una Casa de Oficios, que son: "unidades de carácter temporal", con lo cual tampoco se especifica cuánto tiempo abarcaría dicha temporalidad. Por el contrario, sí encontramos una referencia de temporalidad aceptada por el Tribunal Supremo para entender que no procede la incompatibilidad en la sentencia n.º 575/2020, de fecha 28 de mayo de 2020[11], que en su fundamento jurídico 6.º establece lo siguiente: "cuanto llevamos expuesto impide que podamos incluir en la expresada causa de incompatibilidad a quien desempeña un puesto de trabajo como personal laboral de carácter temporal, por 180 días, no estable". Por tanto, entenderíamos conforme a dicha doctrina que un contrato de duración máxima de hasta 180 días es válido para que no incurra el cargo electo en la incompatibilidad fijada en la LOREG.

En efecto, esta modalidad de seis meses como plazo para que no exista la incompatibilidad del artículo 178.2.b) LOREG coincide con el plazo máximo de duración de algunas modalidades de contratación temporal del personal laboral a las que puede acudir un ayuntamiento, como es el contrato por circunstancias de la producción del artículo 15.2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Otro escenario que generaría dudas sobre la posible incompatibilidad lo encontramos en el límite de tres años para el nombramiento interino en programas temporales (artículo 10.1.c] TREBEP). Si se quisiera interpretar también este periodo dentro de la categoría de temporalidad fijada por la JEC y la jurisprudencia lo validara como causa en la que no se aplique la prohibición del artículo 178.2.b) LOREG, podría producirse la curiosa situación de que dicho plazo de tres años es muy próximo al periodo de cuatro años de una legislatura local, por lo que un cargo local podría aprovecharse de dicha circunstancia para permitir la contratación de un concejal durante la mayor parte

11. Sentencia del Tribunal Supremo 575/2020 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera), de 28 de mayo de 2020 (Recurso 5298/2017).

de la duración de una legislatura en la que fue elegido. Por ello, ante estas situaciones, debe realizarse una cautelosa interpretación de dicha prohibición de la LOREG para no incurrir en supuestos de mal gobierno local, puesto que, como defiende Cocciolo (2011: 11), este régimen de incompatibilidades es la garantía de la integridad e imparcialidad, como parte esencial de la ética en la función pública. Se exige, por tanto, un claro compromiso ético de los concejales de abstenerse de caer en la citada situación de incompatibilidad, una ética que, como indican Liedo y Liñana (2008: 211), deben traer desde su ámbito privado, ya que "mal podrá defender la integridad y la moralidad en el plano público quien carece de ella".

Además, recordemos que, junto con este elemento de temporalidad, para que no se produzca la incompatibilidad del artículo 178.2.b) LOREG, se ha puesto de manifiesto por la JEC[12] que debe tratarse de obras de corta duración, pero no de la prestación de servicios a la corporación local. Ello nos lleva a pensar que la Junta se refiere a que la modalidad contractual que no genera causa de incompatibilidad es el contrato para obra o servicio determinado, que tiene carácter temporal y en principio se entendía que era utilizado para una actuación concreta dentro de las actuaciones municipales, si bien Vicente-Palacio (2022: 88) considera que dicha modalidad contractual ha sido "en las últimas décadas la vía principal instrumentada para eludir la contratación indefinida al amparo de la temporalidad derivada del contrato". Así pues, aunque el fundamento para contratar era la no fijeza de dicha modalidad, realmente numerosos ayuntamientos han venido usando de forma fraudulenta dicho contrato para obras de carácter permanente, lo que también pondría de nuevo en duda si ante dicho contrato se aplicaría o no la incompatibilidad del artículo 178.2.b) LOREG, al ser un puesto de trabajo estructural en la práctica.

En todo caso, con el nuevo Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, se ha puesto fin a dicho modelo contractual para obra o servicio determinado. Por lo que debemos entender que actualmente, para cumplir este requisito de contrato para obra o servicio determinado que exige la JEC, se deberá acudir a otras modalidades de contratación temporal que, en todo caso, no supongan prestar un servicio de carácter permanente al consistorio; de esta forma no incurrirá el cargo electo local en la incompatibilidad del artículo 178.2.b) LOREG.

12. Véanse, entre otros, los acuerdos de la JEC 592/2019, de 2 de octubre; 26/2017, de 22 de marzo; 42/2017, de 10 de mayo; 3/2018, de 11 de enero; y 129/2018, de 12 de diciembre.

3
Conflictos de intereses de concejales con funciones delegadas

Sin duda, el cumplimiento de los citados requisitos para entender que no opera la prohibición citada de la LOREG puede resultar de aplicación a cualquier concejal, y plantearía poca problemática tratándose de concejales sin funciones delegadas de alcaldía. En cambio, si el cargo electo tiene una delegación de funciones, podemos encontrar potenciales conflictos de intereses. En estos casos observamos una situación todavía más compleja; piénsese en un concejal con atribuciones delegadas de personal que a su vez sea personal laboral temporal del ayuntamiento. En un caso así, evidentemente se generaría un claro conflicto, al no resultar apropiado que el cargo electo que tenga funciones de personal sea también parte de dicho personal a controlar. Situaciones así pondrían claramente en riesgo el principio de imparcialidad, algo que debe evitarse por todo cargo electo, ya que, como recuerda Fibla Nicolau (2003: 155), no debe haber coincidencia entre los asuntos privados y públicos tratados por un concejal.

Sin necesidad de que el concejal (que también sea personal) tenga delegadas funciones en materia de gestión de los recursos humanos del ayuntamiento, simplemente con que tenga asignadas tareas que tengan que ver con el trabajo que desempeña como personal laboral, se acabarían produciendo conflictos de intereses. Puede servir como ejemplo el supuesto de un concejal con funciones delegadas en materia de vía pública que a su vez sea personal laboral temporal del ayuntamiento dedicado a la limpieza viaria. Ello acabaría generando una situación en la que él mismo sería su propio responsable político de sus labores como empleado municipal.

Un caso semejante al que se propone lo encontramos en el acuerdo plenario del 10 de noviembre de 2019 del Ayuntamiento de La Serratella (Castellón), donde se concede compatibilidad a una concejala con funciones delegadas de sanidad y un puesto de trabajo temporal dedicado a la limpieza. En este caso, podríamos apreciar un posible conflicto si dichas funciones delegadas de alcaldía en materia sanitaria incluyen la limpieza y salubridad de las vías o los edificios públicos, puesto que parece que dicha trabajadora desempeñaría un trabajo de limpieza sobre los mismos. En efecto, una situación como la expuesta en este Ayuntamiento puede estar adecuadamente fundamentada en la legalidad (al cumplir los citados requisitos de la JEC y la jurisprudencia para entender que no se aplica la incompatibilidad del artículo 178.2.b] LOREG), pero genera, en la práctica, un conflicto de dudoso encaje ético, de ahí el necesario desarrollo de los supuestos de incompatibilidad de la LOREG, que no prevén situaciones como la expuesta.

Así pues, en los supuestos en los que se pretende compatibilizar un trabajo como empleado en el ayuntamiento donde se ejerce como concejal con funciones delegadas en competencias que afectan a dicho puesto de trabajo, los principios de buen gobierno de imparcialidad y objetividad (situados en el artículo 26 de la Ley 19/2013 y en el artículo 103 CE) aconsejarían, a nuestro juicio, no autorizar dicha compatibilidad, para evitar la aparición de conflictos de intereses. Precisamente Greciet García (2015: 58) defiende, en el caso de incompatibilidades entre cargos electos locales y autonómicos, que la política debe ser ejercida conforme al principio de objetividad, lo que requiere la plena dedicación; algo que sucede de forma semejante en este caso, donde si se pone en juego dicho principio constitucional debe optarse por elegir entre el cargo de concejal o el de trabajador del mismo ayuntamiento. Así pues, si el ayuntamiento apuesta por la opción de la imparcialidad cuando surge dicho eventual conflicto de interés se consigue incluso, como afirma Villoria Mendieta (2018: 15), mejorar la eficiencia de la Administración, lo que redunda en el interés general constitucionalmente protegido: "las democracias con más controles y balances de poder, las más transparentes y las que respetan mayormente la imparcialidad de la Administración son, también, las más eficientes, seguras y equitativas".

4
La decisión de la incompatibilidad: en manos del pleno municipal

Toda la doctrina de la Junta Electoral Central y la jurisprudencia citada sirven, en efecto, para interpretar adecuadamente la prohibición del artículo 178.2.b) LOREG, si bien, en última instancia, corresponderá a cada corporación local apreciar si existe o no dicha incompatibilidad. En concreto, el artículo 10 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF) señala que los cargos electos deben poner en conocimiento de la corporación local las posibles causas de incompatibilidad en las que puedan incurrir, y debe ser el pleno municipal quien decida sobre ellas, como confirma Arnaldo Alcubilla (2011: 434) al referirse al régimen del artículo 178.2.b) LOREG.

En este ámbito resulta de especial importancia para interpretar la posible incompatibilidad el criterio de la secretaría del consistorio local. Recordemos que es dicho secretario el que tiene asignadas las más altas funciones de asesoramiento jurídico, conforme al artículo 3 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios

de Administración local con habilitación de carácter nacional. Una función de asesoramiento jurídico previo a la adopción del acuerdo por el pleno que, como recuerda Lavela Pérez (2020: 131), sirve para garantizar la aplicación del principio de objetividad, perseguir la satisfacción del interés general y garantizar el sometimiento pleno a la ley, como prevé el artículo 103 CE. En efecto, Fuentes i Gasó (2016: 33) defiende el papel de este secretario como aquel que garantiza el "respeto a la ciudadanía", al vigilar el cumplimiento de los citados principios, también en el régimen de incompatibilidades citado de la LOREG.

Hay que reseñar que el papel de este servidor público es fundamental, ya que conforme al artículo 172.1 ROF, debe existir siempre un informe jurídico antes de adoptarse el acuerdo por dicho órgano colegiado, un informe que podrá ser suscrito por el propio secretario como alto asesor jurídico o, si lo hubiera, por el jefe de la dependencia o servicio correspondiente de la corporación local. En todo caso, dicho informe de secretaría será el que prevalecerá sobre el resto (tanto informes internos como externos a la entidad) a la hora de interpretar si concurre la prohibición del artículo 178.2.b) LOREG. Así lo afirma la sentencia n.º 270/2021 de 17 de diciembre de 2021 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León[13], al indicar que a la hora de interpretar dicha incompatibilidad de la LOREG no puede hacerse valer un informe de un profesional externo al consistorio como mejor criterio fundado en derecho que el de la secretaría del propio ayuntamiento.

Precisamente, recordemos que se está realizando una ponderación de intereses de alto calado democrático, ya que supone en la práctica permitir o no a una persona elegida en unos comicios electorales que pueda desempeñar su cargo de concejal, con lo cual se está afectando al núcleo del artículo 23 CE. Por tanto, y como Amenós Álamo (2020) expone, el asesoramiento a la corporación local es una participación en potestades públicas, por lo que deberá primar el criterio del operador jurídico con los mejores criterios de objetividad, tal y como recuerda el artículo 92.3 LRBRL al asignar a los funcionarios de carrera en exclusiva el ejercicio de estas potestades para salvaguardar los intereses generales. De esta forma, la interpretación última sobre la posible incompatibilidad del artículo 178.2.b) LOREG debe adoptarse con el mejor criterio por el pleno del consistorio, ya que hablamos de valores constitucionales que deben ser protegidos, como remarcan Chaves y Rastrollo (2020: 165) a propósito de la citada STS n.º 575/2020: "el régimen de incompatibili-

13. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 270/2021 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera), de 17 de diciembre de 2021 (Recurso 270/2021).

dades, con carácter general, pretende salvaguardar la objetividad e imparcialidad en el desempeño de la función pública".

Así pues, una inadecuada aplicación de dicho artículo de la LOREG la encontramos en el caso resuelto por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Cáceres 13/2020[14], donde se da la razón a un concejal que pretende compatibilizar su cargo con el de personal laboral de un consistorio después de que el Pleno de la corporación le prohibiera hacerlo. Aunque, como se ha expuesto, debe ser decisión del máximo órgano colegiado del ayuntamiento autorizarlo, ello debe hacerse conforme a los criterios jurisprudenciales y de la JEC ya expuestos. Por tanto, considera la sentencia que al concurrir dichos requisitos no se produce la incompatibilidad, resultando de interés la apreciación que hace la fiscalía en el caso enjuiciado indicando que no se materializa la nota de dependencia, propia de toda relación empleado-empleador, y por ello no opera la citada prohibición de la LOREG. En este caso nos encontramos ante un contrato de trabajo con sus características propias entre ayuntamiento y trabajador, y en todo caso dicho empleado (que también es concejal) obedecerá órdenes de otros concejales o empleados municipales sobre sus tareas a desarrollar, por lo que sigue existiendo una dependencia *de facto* con la corporación local, aunque pueda hablarse de ausencia de dependencia a efectos de la prohibición del artículo 178.2.b) LOREG, aspecto que también confirma el acuerdo JEC n.º 558/2011, de 29 de septiembre de 2011.

5
La (in)compatibilidad en concejales empleados de mancomunidades y en entidades dependientes del consistorio

Una circunstancia en la que también se puede generar un potencial incumplimiento del artículo 178.2.b) LOREG y que conviene analizar es la posibilidad de que un concejal de un ayuntamiento sea empleado de una mancomunidad de municipios a la que pertenezca dicha entidad local. En principio la literalidad del citado artículo de la LOREG prohíbe compatibilizar el cargo de concejal de un ayuntamiento con el de "personal en activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él". Por ello, la clave para que operara dicha incompatibilidad sería que la mancomunidad donde prestara servicios el concejal dependiera del ayuntamiento, algo que no ocurre, puesto

14. Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Cáceres 13/2020, de 28 de enero de 2020.

que las mancomunidades son agrupaciones de municipios, no entidades que dependan de los respectivos ayuntamientos. En este mismo sentido se ha manifestado Rueda Gómez (2000) al apreciar dicha falta de dependencia a efectos de incompatibilidad.

En la misma línea, destaca el acuerdo JEC n.º 133/2000, de 15 de febrero de 2000, que señala claramente que "no concurre causa de incompatibilidad con la condición de Alcalde en el personal al servicio de una Mancomunidad supramunicipal o de la Diputación Provincial, porque en ninguno de ambos casos se trata de entidades o establecimientos dependientes del Ayuntamiento, no siendo, por tanto, de aplicación el artículo 178 b) de la LOREG". Por tanto, si en este caso no se aprecia dicha prohibición para un alcalde, menos todavía para un concejal. No obstante, a pesar de que en principio no se aprecia dicha incompatibilidad para ser concejal de un ayuntamiento y personal de una mancomunidad de la que forma parte dicho consistorio local, pensamos que podrían producirse eventualmente algunas situaciones de conflictos de intereses que comprometiesen la imparcialidad de los cargos en este ámbito; algo que debe evitarse, puesto que, como afirma Fernández Mallol (2014: 122), es necesario eliminar las situaciones que puedan afectar a la imparcialidad para seguir sirviendo al interés general del artículo 103 CE.

En primer lugar, es posible que el concejal en cuestión sea el representante del ayuntamiento ante la mancomunidad y, por tanto, en la práctica ejerza un cargo electo en la mancomunidad similar al que tiene de concejal en el ayuntamiento. Ante esta circunstancia podríamos apreciar dicha incompatibilidad, puesto que en este caso el concejal podría estar votando o adoptando decisiones en la mancomunidad como representante del ayuntamiento, algo que podría incluso afectar a sus condiciones de trabajo como empleado de dicha mancomunidad.

En esta circunstancia expuesta, donde hay claros conflictos de intereses, la lógica aconsejaría que no sea posible compatibilizar el cargo de concejal, que es representante ante la mancomunidad, con un puesto de trabajo en dicha mancomunidad, porque se podría producir, como expone la citada STS de 26 de abril de 2002, una "posible contaminación o incidencia en la toma de decisiones que puede representar una eventual colisión con interés extraños a los de la ciudadanía a que ha de servir el cargo que se ostenta o por la incidencia en dichas decisiones de intereses privados o particulares". De forma semejante se pronuncia Villoria Mendieta (2008: 13) al indicar que si se pudiera concluir que "los intereses privados o personales del responsable público estarían en condiciones de influir impropiamente en su conducta o toma de decisiones, o en la imagen del Estado, dicha situación debe evitarse". De tal modo, este ha de ser precisamente el criterio interpretativo de cómo aplicar la prohibición del artículo 178.2.b) LOREG.

En segundo lugar, podría producirse la circunstancia de que la mancomunidad en la que trabaja el concejal del ayuntamiento esté controlada presupuestariamente por el consistorio local de dicho concejal. Ello sería así cuando la mayoría de los ingresos de la mancomunidad tuviera su origen en la aportación realizada por el ayuntamiento de dicho concejal, lo que acabaría convirtiendo, en la práctica, a la mancomunidad en un brazo ejecutor más del consistorio local.

Ante la ausencia de resoluciones de la Junta Electoral que se pronuncien expresamente sobre dicha incompatibilidad cuando la mayor parte de la financiación de la mancomunidad procede del ayuntamiento, puede servir como criterio de referencia el expuesto en el acuerdo JEC n.º 9/1997, de 29 de enero de 1997, en el ámbito de la contratación administrativa de obras, servicios o suministros. En este supuesto, la Junta interpreta la incompatibilidad del artículo 178.2.d) LOREG en un sentido amplio, puesto que prohíbe ser contratista de una mancomunidad a un concejal que lo sea en un ayuntamiento de dicha mancomunidad, sin importar la aportación del consistorio a la misma.

Si bien no existen resoluciones de la Junta sobre el artículo 178.2.b) LOREG donde se haga una indicación expresa de la aportación mayoritaria del ayuntamiento a una mancomunidad, podemos inferir que la Junta se decantaría por la no incompatibilidad, al considerar que únicamente entraría en juego la aportación de la corporación local en la prohibición del apartado d) (referido a la contratación administración), pero no en la del b) (referido a la contratación de personal) del citado artículo 178.2. Todo ello, conforme al acuerdo JEC n.º 89/2011, de 7 de abril de 2011, que afirma que "no concurre causa de incompatibilidad con la condición de Concejal en el personal al servicio de las Mancomunidades supramunicipales [...] salvo que se trate de contratistas de contratos financiados parcialmente por el Ayuntamiento que forma parte de la misma (Acuerdo de 29 de enero de 1997)".

En este sentido, esta interpretación más proclive a permitir la compatibilidad que parece deducirse de las resoluciones de la Junta, parece en consonancia con la idea de facilitar la participación política prevista en el artículo 23 CE, que, como Domínguez Vila (1999: 116) expone, es un derecho fundamental que se ve protegido por el artículo 53 CE e impulsado por el 9.2 CE. En este mismo sentido, López Pulido (2020) afirma: "las causas de incompatibilidad, que prevé la LOREG, constituyen excepciones a los criterios generales de participación en tareas de carácter público, por lo que deben de ser interpretadas, por tal razón, de modo restringido". De forma que, y como coincide De la Torre Martínez (2021: 52), una interpretación restrictiva de la prohibición del artículo 178.2.b) LOREG es necesaria para evitar una lesión del citado artículo 23.2 CE.

Ahora bien, esta interpretación podría llegar a suponer (en este caso concreto de un ayuntamiento que realiza aportaciones mayoritarias a una mancomunidad)

una afectación a la objetividad y la satisfacción del interés general del artículo 103 CE y, por tanto, se podría poner en riesgo el buen gobierno. Ello es así ya que, sin duda, un ayuntamiento cuyas aportaciones son las principales a una mancomunidad acaba realizando en la práctica un control sobre dicha entidad supramunicipal. En este caso, un concejal del ayuntamiento que trabaje en la citada mancomunidad podría incurrir en numerosas situaciones de conflictos de intereses, al adoptar decisiones desde el consistorio local (como, por ejemplo, reducir o aumentar las aportaciones al capítulo I de personal de la mancomunidad) que pudieran afectar a la situación del contrato de trabajo que tuviera en dicha mancomunidad. Así pues, los conflictos de intereses como el descrito, aunque, como explica Miranzo Díaz (2019: 9), "no debe[n] ser entendido[s] como un tipo más de corrupción", sí acabarían generando una situación de mal gobierno local, y podría vulnerarse el principal propósito de las causas de incompatibilidad, que, como indica Fibla Nicolau (2010: 191), es servir con objetividad los intereses públicos.

Por otro lado, sí que encontramos una situación más clara de incompatibilidad del artículo 178.2.b) LOREG en los supuestos en los que el concejal pretenda ocupar un puesto de trabajo en un organismo autónomo u otra Administración institucional dependiente del ayuntamiento. Puesto que el citado artículo se refiere a "personal activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él", la clara situación de depender de un consistorio local como Administración territorial hace que se aplique dicha prohibición.

La Junta Electoral Central también se ha pronunciado en este sentido sobre la incompatibilidad en su acuerdo n.º 511/2011, de 15 de septiembre de 2011, al exponer lo siguiente: "incurre en dicho supuesto de incompatibilidad un Concejal que ejerza como trabajador contratado para una entidad con forma de sociedad anónima que sea íntegramente propiedad del Ayuntamiento y tenga entre sus funciones la prestación de servicios públicos". Por tanto, el objeto del régimen de incompatibilidades (que como vemos en este supuesto abarca incluso el ámbito de las entidades dependientes del consistorio local) pretende, como explican Cotino y Martínez (2020: 456), impedir que el ejercicio del cargo sea aprovechado por una persona física con la intención de beneficiarse ante otros.

Resulta necesario reseñar que, en este supuesto del concejal que es trabajador de una entidad dependiente del ayuntamiento, entendemos que también resultaría de aplicación el elenco de requisitos anteriormente expuestos por la jurisprudencia y por la Junta Electoral que interpretan el artículo 178.2.b) LOREG (no inclusión en plantilla, financiación externa, etc.) y que permiten compatibilizar un cargo electo con un puesto de trabajo. Ello debe ser así, puesto que de lo contrario incurriría en peor situación el concejal que es empleado de una entidad dependiente del ayuntamiento que el concejal que es empleado del propio ayuntamiento.

6
Conclusiones

A pesar de la apariencia de incompatibilidad entre un puesto de trabajo en un ayuntamiento y el cargo de concejal electo en dicho consistorio que, en principio, parece derivarse de la lectura del artículo 178.2.b) LOREG, la interpretación de este precepto por la jurisprudencia y la Junta Electoral Central ha hecho modular notoriamente dicha prohibición. De esta manera, se han determinado una serie de requisitos que permiten excepciones a dicha regla, como son la no inclusión del trabajador en la plantilla, la temporalidad del puesto de trabajo, la obra determinada en la que se incardina dicho contrato y la financiación externa del mismo; todos ellos, elementos que permiten considerar que no se produce una incompatibilidad en estos casos entre el puesto de cargo electo local y el de personal de dicho consistorio.

Esta interpretación más flexible a permitir la compatibilidad se realiza al amparo del artículo 23 de la Constitución Española, al entender que es necesario garantizar la participación política, y que no debe impedirse la misma estableciendo una causa de incompatibilidad de forma rígida cuando el puesto de trabajo en el ayuntamiento que desempeña el concejal no obedece a una necesidad estructural del consistorio. En efecto, esta interpretación no solo favorece al derecho fundamental a la participación en asuntos públicos, sino que además permite garantizar más efectivamente el derecho constitucional al trabajo (artículo 35 CE) al permitir desempeñar el trabajo temporal en el consistorio; con lo cual queda evidenciada la necesidad de favorecer dicha compatibilidad de forma preferente.

No obstante, los requisitos expuestos para entender que no se aplica la incompatibilidad del artículo 178.2.b) LOREG adolecen en algunas ocasiones de falta de concreción, al referirse a conceptos jurídicos indeterminados como, por ejemplo, la falta de concreción de la temporalidad del contrato o el porcentaje de financiación de dicho contrato que debe ser asumido externamente. Asimismo, dichas reglas fijadas por la jurisprudencia y la JEC tampoco tienen en cuenta eventuales conflictos de intereses que pueden ocasionarse al permitir dicha compatibilidad, como es el hecho de que el concejal, que también sea trabajador, desempeñe como cargo electo funciones delegadas de recursos humanos. También se producen dichos conflictos cuando el concejal trabaja en una mancomunidad de la que forma parte su ayuntamiento cuando este consistorio controla, *de facto*, la entidad supramunicipal.

Por ello mismo, para eliminar estas dudas, no resultaría baladí que se realizara un desarrollo reglamentario de la LOREG que determinara unos criterios más claros y extensos para permitir la compatibilidad del artículo 178.2.b) LOREG. Ello resultaría aconsejable, puesto que los requisitos expuestos que lo permiten no siempre cubren toda la casuística local actual.

Todo ello nos permite concluir que, actualmente, en cada ocasión en que un concejal electo quiera compatibilizar su cargo con un puesto de trabajo en el propio consistorio, se debe realizar por el ayuntamiento una difícil ponderación de valores constitucionales, permitiendo flexibilizar la previsión del artículo 178.2.b) LOREG, con base en los requisitos expuestos, para no impedir un correcto desempeño de los derechos de participación política del artículo 23 CE. Si bien, al mismo tiempo, la entidad local debe también tomar en consideración los posibles conflictos que podrían generarse con dicha compatibilidad, para no incurrir en un incumplimiento de los principios de objetividad e interés general consagrados en el artículo 103 CE.

En definitiva, se trata de un debate que incide en el mismo seno de la democracia local y que exige unas mejores reglas sobre cómo debe aplicarse el artículo 178.2.b) LOREG, ya que no podemos dejar solos a los ayuntamientos en esta complejísima encrucijada de valores constitucionales, pues se puede poner en peligro nuestro buen gobierno local.

7
Bibliografía

Alonso Mas, M.ª J. (2018). Los miembros no adscritos de las entidades locales ante la formulación de la moción de censura: una discutible aplicación del principio de proporcionalidad. *Revista de Administración Pública*, 206, 149-178. Disponible en: https://doi.org/10.18042/cepc/rap.206.05.

Amenós Álamo, J. (2020). Són els secretaris d'Administració local una eina institucional adequada contra la corrupció? *Revista Catalana de Dret Públic*, 60, 20-34. Disponible en: http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i60.2020.3418

Arnaldo Alcubilla, E. (2009). Las elecciones locales en la doctrina de la Junta Electoral Central: actividades de campaña, régimen de incompatibilidades, renuncia de los electos y sustitución, moción de censura, consultas populares y otras cuestiones. *Anuario del Gobierno Local*, 1, 517-541.

— (2011). Las elecciones locales de 2011. *Anuario del Gobierno Local*, 1, 429-466.

Arroyo Gil, A. (2019). La moción de censura al alcalde a la luz de la jurisprudencia constitucional (Comentario a la STC 151/2017, de 21 de diciembre). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 116, 329-363. Disponible en: https://doi.org/10.18042/cepc/redc.116.11.

Boltaina Bosch, X. (2021). Personal temporal en la Administración pública: soluciones de presente y opciones de futuro. *Documentación Administrativa*, 8, 66–91. Disponible en: https://doi.org/10.24965/da.i8.11025.

Boscos Redondo, P. (2021). El personal laboral temporal de un ayuntamiento puede ostentar el cargo de concejal. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2020 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, 575/2020). *El Consultor de los Ayuntamientos*, 8.

Busquets Montes, S., Masachs Labori, M. y Pascual Mas, L. (2018). La gestión de los recursos humanos en los ayuntamientos de la provincia de Barcelona: análisis de los principales retos y oportunidades. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 15, 58-79.

Català i Bas, A. H. (2014). Transfuguismo y régimen jurídico de los concejales no adscritos. ¿Puede, y debe, el derecho sancionar la deslealtad política? *Revista Española de Derecho Constitucional*, 101, 43–77.

Chaves García, J. R. y Rastrollo Suárez, J. J. (2020). Síntesis de la jurisprudencia casacional sobre Empleo Público más significativa del año 2020. *Documentación Administrativa*, 7, 156-166. Disponible en: https://doi.org/10.24965/da.i7.10895.

Cocciolo, E. (2011). El règim jurídic administratiu dels conflictes i registres d'interessos dels membres i directius de les corporacions locals. En R.-J. Moles Plaza (dir.). *Anàlisi dels elements del bon govern local* (pp. 7-28). Estudis Locals.

Cotino Hueso, L. y Martínez Martínez, R. (2020). Políticas de transparencia, calidad democrática y buen gobierno. En J. Martín Cubas, V. Garrido Mayol y R. Roig Berenguer (eds.). *Política y gobierno en la Comunitat Valenciana* (pp. 453-464). Tirant lo Blanch.

De la Torre Martínez, L. (2021). Causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Concejales de España. *Questões Atuais de Direito Local*, 29, 43-56.

Domínguez Vila, A. (1999). El estatuto político individual de los cargos electos locales municipales. *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, 16, 115-160.

Fernández Mallol, A. L. (2014). La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 2, 117-130. Disponible en: https://doi.org/10.24965/reala.v0i2.10198.

Fibla Nicolau, C. (2003). Posible incompatibilidad entre el cargo de concejal de urbanismo, con dedicación parcial, y el ejercicio de la actividad profesional de arquitecto dentro del mismo término municipal. *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), 1, 150-158.

— (2010). Causas de incompatibilidad y abstención del personal al servicio de las entidades locales (autoridades y funcionarios). *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), 23, 166-191.

Fuentes i Gasó, J. R. (2016). La función de regeneración democrática local de los funcionarios de habilitación con carácter nacional. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 4, 9–40. Disponible en: https://doi.org/10.24965/reala.v0i4.10305.

Galindo Caldés, R. (2019). Prohibición de contratar e incompatibilidades de los concejales. *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), 39, 118-139.

Greciet García, E. (2015). Comentario a la STC 155/2014, de 25 de septiembre. La constitucionalidad de la incompatibilidad de los Presidentes de las Corporaciones o Entidades Locales con el mandato de Diputado del Parlamento de Andalucía. *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 28, 43-72.

Jáñez Franco, R. y García Leal, J. R. (2022). Aspectos prácticos en la tramitación de los procedimientos de consolidación y la estabilización como medidas de choque al empleo temporal de las Administraciones Públicas. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 1.

Jiménez Asensio, R. (2017). Prevenir o lamentar: un primer análisis del Código Ético y de Conducta del Ayuntamiento de Barcelona. *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, 4, 1-10.

Lavela Pérez, V. (2020). Naturaleza, alcance y límites del asesoramiento legal de Secretarios e Interventores en la Administración Local. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 7.

Liedo Álvarez, M. y Liñana Ribera, S. (2008). Medidas contra la corrupción urbanística: la visión del promotor. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 12, 207-218.

López Pulido, J. P. (2020). Compatibilidad del cargo de concejal con un puesto de trabajo temporal, financiado con fondos externos, en la misma corporación. *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, 11, 109-116.

Miranzo Díaz, J. (2019). El necesario cambio de paradigma en la aproximación a la corrupción en la contratación pública europea: propuestas para su sistematización. *Revista General de Derecho Administrativo*, 54, 1-44.

Moltó i Darner, J. M. (1994). La incompatibilidad concejal-funcionario. *Revista Jurídica de Catalunya*, 93 (1), 179-182.

Navarro Gómez, C., Zagorski, P. y Egea del Haro, A. (2018). *Empleo y desarrollo local: análisis comparado de políticas de empleo y desarrollo en municipios de la Comunidad de Madrid*. Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid.

Pérez Monguió, J. M. (2017). Actividades privadas compatibles de los altos cargos en la Administración General del Estado. *Revista Vasca de Administración Pública*, 109, 189-223.

Prieto Romero, C. (2011). Medidas de transparencia y ética pública: los códigos éticos, de conducta o de buen gobierno. *Anuario de Derecho Local*, 315-347.

Ramal Mata, M. (2015). La situación administrativa de servicios especiales, límites y alcance en el estatuto de los miembros de las corporaciones locales. Especial consideración de los funcionarios locales habilitados nacionales (FLHN). *Revista digital CEMCI*, 26, 1-19.

Rodríguez Díaz, Ó. (2006). Trabajadores de las Entidades Locales subvencionados por los Servicios Públicos de Empleo. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 3.

Roqueta Buj, R. (2021). Las retribuciones de los trabajadores contratados por los Ayuntamientos en el marco de programas subvencionables [A propósito de la STS de 9 de junio de 2021 (Recud. 4565/2018)]. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, 1, 137-142.

Rueda Gómez, J. M.ª (2000). La incompatibilidad de los funcionarios municipales con el cargo de concejal. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 5, 797-806.

Sánchez Morón, M. (2020). *Régimen jurídico de los funcionarios interinos*. Thomson Reuters Aranzadi.

Suárez Corujo, B. (2017). El fraude en el trabajo de duración determinada en las Administraciones públicas españolas, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista Española de Derecho Europeo*, 61, 153-185.

Vicente-Palacio, A. (2022). La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contratas. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, 2, 79–99.

Villoria Mendieta, M. (2008). Incompatibilidades y conflictos de interés en la Administración local. Ponencia presentada en el *Seminario de Derecho Local* organizado por la Federación Española de Municipios de Cataluña, en Barcelona, el 15 de febrero de 2008 (pp. 1-29).

— (2018). La transparencia, la imparcialidad y la calidad de la democracia. En L. Cotino Hueso y A. Boix Palop (eds.). *El buen gobierno y la transparencia, a caballo entre la Ética y el Derecho* (pp. 1-16). Dilemata.

El teletrabajo en la Administración pública: un modelo para el sector público y la comparativa con la regulación del sector privado

Josep Ramon Fuentes i Gasó

Profesor titular de Derecho Administrativo y director de la Cátedra de Estudios Jurídicos Locales Màrius Viadel i Martín, de la Universitat Rovira i Virgili

Xavier Boltaina i Bosch

Directivo profesional público de la Diputación de Barcelona, y profesor de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universitat Oberta de Catalunya

1. Aproximación a la regulación del teletrabajo en la Administración pública y en el sector privado

2. Un marco normativo diferenciado: Ley 10/2021 y Real Decreto-ley 29/2020

3. El ámbito de aplicación de la Ley 10/2021 y el Real Decreto-ley 29/2020

4. Elementos básicos de la comparativa de la Ley 10/2021 y el Real Decreto-ley 29/2020

4.1. Los ámbitos distintos de negociación de los reales decretos leyes y de la Ley 10/2021

4.2. La contradictoria extensión regulatoria en el marco actual de las relaciones de trabajo

4.3. La diferenciación regulatoria de desarrollo: la vaguedad de la regulación jurídica en el ámbito público y las dificultades aplicativas

4.4. El conflicto entre “organización” y “derecho” del “teletrabajo” en la Administración pública versus la regulación en el sector privado

4.5. La diferencia entre la negociación sindical en los sectores privado y público, y la disfunción resultante en la Ley 10/2021 y el Real Decreto-ley 29/2020

4.6. Elementos mínimos del Real Decreto-ley 29/2020 que incorpora el art. 47 bis al EBEP que no asumen igual trascendencia en la Ley 10/2021

Artículo recibido el 10/07/2022; aceptado el 01/08/2022.

5. **Una debilidad del art. 47 bis EBEP versus la regulación privada: el acuerdo de trabajo a distancia o teletrabajo**
6. **Dificultades del teletrabajo en la Administración pública versus el desarrollo del sector privado**
7. **Paradigmas enfrentados: el debate y la realidad en el sector privado y en la Administración pública**
8. **A modo de conclusión**
9. **Bibliografía**

Resumen

Este artículo analiza la regulación del teletrabajo y trabajo a distancia para el personal de las Administraciones públicas, prevista en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, poniendo de relieve los elementos comunes, singulares y ausentes en relación con la regulación del teletrabajo para los trabajadores del sector privado, previstos en el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, que supuso tan solo la modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. La comparación de ambas regulaciones pone de manifiesto la amplitud de la regulación pública, frente a la parquedad del art. 47 *bis* TREBEP.

Palabras clave: *Administración pública; sector público; sector privado; teletrabajo; trabajo a distancia.*

Teleworking in the Public Administration: a model for the public sector vis-à-vis the regulation of the private sector

Abstract

The article analyzes the regulation of teleworking and remote work for the personnel of Public Administrations, regulated by Law 10/2021, of July 9, on remote work. The article highlights the shared and none-shared factors with the regulation of teleworking for workers in the private sector, regulated by Royal Decree-Law 29/2020, of September 29, on urgent measures regarding teleworking in public administrations and human resources in the National Health System

for facing the COVID-19 crisis. The Royal Decree-Law only modified the consolidated text of the Law on the Basic Statute of Public Employees, approved by Royal Legislative Decree 5/2015, of October 30 (TREBEP). The comparison of both regulations reveals that public regulation presents a wider scope than the regulation of art. 47 bis TREBEP.

Keywords: public administration; public sector; private sector; teleworking; remote work.

1
Aproximación a la regulación del teletrabajo en la Administración pública y en el sector privado

Es un lugar común afirmar, con gran certeza, que la pandemia a nivel mundial del COVID-19, y las medidas adoptadas en Europa y en España a partir de marzo de 2020, supusieron una importante afectación en las relaciones laborales en el mundo del trabajo, tanto en la prestación de servicios de los trabajadores privados como en la de aquellos que se vinculan con la Administración mediante régimen funcionarial o contrato de trabajo (Santillán Marroquín, 2020; Boltaina Bosch, 2020b). Prueba de ello es la gran cantidad de doctrina teórica que se ha publicado desde ese año y que sigue en el momento presente (Boltaina y Fuentes, 2022).

No obstante, la regulación –jurídica– de todo tipo del "teletrabajo" no tiene su origen en 2020, si bien es cierto que los estudios, monografías, *papers* y documentos publicados desde ese momento hasta la actualidad se derivan, fundamentalmente, de la aprobación de dos textos normativos: los reales decretos leyes 28/2020 y 29/2020, consecutivamente; y con posterioridad, la tramitación como proyecto de ley del primero de ellos, dando lugar a la Ley 10/2021, de 9 de julio. Sin embargo, el recorrido previo es extenso, aunque mucho más en el ámbito privado que en el público.

Como decíamos, el primero de los textos normativos citados, denominado "de trabajo a distancia", fue el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, que luego se convirtió en ley aprobada por el Parlamento español –la Ley 10/2021–, en tanto que el segundo asumió una descripción mucho más amplia, de efectos en diversos ámbitos: se trataba del "Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la

COVID-19". Un Real Decreto-ley 29/2020 que, en la práctica, en cuanto al teletrabajo en la Administración, se redujo a una modificación específica del EBEP, con el añadido de un artículo 47 bis.

Debe destacarse, por tanto, que el Gobierno español fijó dos marcos jurídicos aparentemente bien delimitados, uno para el ámbito privado y otro para el público, aunque este último con matices, y que esta posición de 2020 se consolidó un año después con la nueva Ley 10/2021, de tal manera que la regulación del teletrabajo –o trabajo a distancia– en el sector privado mantiene un corpus normativo distinto al de las Administraciones públicas, en que el originario Real Decreto-ley fue convalidado, no se tramitó luego como ley y, por tanto, pasó a formar parte permanente del sistema del empleo público, al incorporar un nuevo precepto, el 47 bis, al Estatuto Básico del Empleado Público.

Sin embargo, entre la declaración del estado de alarma y la aprobación de ambos reales decretos leyes hubo una "tierra de nadie" en que cada empresa, y en especial cada Administración pública, salvó la situación en la medida que pudo, con algunas luces y muchas sombras (Boltaina Bosch, 2020b), de lo que son buena prueba los trabajos elaborados por Borràs y Moreno (2021)[1] y Molina *et al.* (2021), que han estudiado este periodo de confusión y de "salida al paso".

Por ello, si fue interesante comparar, en su momento, los dos reales decretos leyes, ahora lo es aún más (en 2022) comparar el EBEP y la Ley 10/2021; al comparar ambas normativas se destacan los elementos comunes, los que son singulares de cada ámbito y los que aparecen ausentes –en especial en la Administración–, siempre desde la perspectiva del ámbito público en relación con la regulación del privado, por ser esta última la que *in extenso* se aprobó a través del Real Decreto-ley 28/2020 y luego mediante la Ley 10/2021, que asume un corpus jurídico mucho más extenso y complejo que el escueto dirigido a la Administración y que, además, no incorpora a todo el sector público, como podremos analizar.

En todo caso, se hace preciso destacar algunos elementos previos para poder llevar a cabo de manera provechosa la referida comparativa:

a) Desde un primer momento del inicio de la pandemia y la declaración del estado de alarma en todo el territorio español, el Gobierno central y el Parlamento asumieron que el trabajo a distancia o teletrabajo era una forma preferente de prestación de servicios para contener la expansión del virus de

1. En el caso del documento de Borràs y Moreno (2021), es muy interesante la reproducción de reflexiones literales de mujeres y hombres en la etapa de confinamiento y teletrabajo, y elementos colaterales que afectan a las relaciones personales, profesionales y familiares.

la COVID-19. Este criterio se ha plasmado en los posicionamientos posteriores y así se ha mantenido durante 2021 y 2022, y parece que seguirá en mayor o menor medida en los próximos años.

Ello se plasmó en el art. 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente a la pandemia. Sin embargo, parece que hay concordancia en que las empresas debieron "acelerar algo" que ya conocían que era previsible e inevitable –afirmación que, a nuestro juicio, también debe relativizarse, pues no todos los sectores productivos tenían o sentían la misma necesidad–: la puesta en marcha del teletrabajo.

Como afirman Atienza y Rodríguez (2021: 15), "parece que el teletrabajo era inminente, pero la pandemia lo ha convertido en una obligación [...] esta situación plantea un enorme desafío" para trabajadores y empresas. Santillán Marroquín (2020: 67) se refiere a que el teletrabajo estaba en boca de todos los gestores de recursos humanos años antes, al respecto de "ciertos cargos que en el futuro no requerirían estar dentro de una empresa, oficina o contexto similar", creando nuevas "prácticas laborales", como el salario emocional, la responsabilidad social corporativa, la conciliación, que lograrían un mayor equilibrio y funcionalidad entre trabajo y vida personal. Mantenemos dudas sobre si esta inminencia era sentida como tal por la Administración –a nuestro juicio, dado el escaso recorrido que había tenido el proceso de trabajo a distancia, la respuesta podría ser más negativa que positiva–, pero lo cierto es que igualmente debió efectuar el esfuerzo, con algunas luces y muchas sombras, que se prolongan en el momento presente. Un salto que fue de un viernes a un lunes del mes de marzo de 2020.

b) La regulación del teletrabajo –o mejor, expresamente, el trabajo a distancia, siguiendo la dicción laboral del Estatuto de los Trabajadores (ET) y de la Ley 10/2021– no es extraña en el derecho español, y mucho menos en el ámbito de las relaciones laborales, si bien la orientación ha sido siempre hacia el sector privado, aunque no excluyendo al sector público de manera expresa.

Incluso, entre la doctrina, hemos localizado escritos de hace una o dos décadas, generalmente orientados a la Administración General del Estado –aunque con más amplitud para el sector privado–[2], en que se afirma –entre otros, Álvarez Ruiz (2012)– que, tras los primeros acuerdos, las fases de implementación se iniciaron en otoño de 2004, aunque con unos planes piloto realmente reducidos[3].

2. Entre los primeros documentos que hemos podido consultar, *vid*. Belzunegui Eraso (2001).

3. En el documento de Álvarez Ruiz (2012) se señala que la primera fase piloto se realizó con 35 funcionarios, y en 2007 con algo más de 60, aunque el autor valora como muy interesantes los resultados de la experiencia.

Villalba Sánchez (2017) se refirió, antes de la pandemia de COVID-19, a los tanteos del denominado "Plan Concilia" de marzo de 2005 en el ámbito de la Administración General del Estado, con un plan piloto orientado a facilitar la conciliación. Una experiencia que, finalizada, se quiso ampliar a otros Ministerios a través de la Orden APU/1981/2006, de 21 de junio. Igualmente, en el ámbito autonómico, Villalba Sánchez también ha señalado que quizá fueron el Decreto 9/2011, de 17 de marzo, en Castilla y León, seguido del Gobierno Vasco (2012), Extremadura (2012) y las Illes Balears (2013), los que abrieron el camino a esta fórmula de prestación de servicios. Un detallado examen de las normas públicas que antes de la COVID-19 fueron aprobadas por las comunidades autónomas puede consultarse en Expósito Gázquez (2021: 126 y ss.). Sin embargo, el recorrido fue escaso, o muy delimitado. Quiérase o no, una mayoría de la ciudadanía requiere la atención personal de sus servicios públicos, y aún más los que conforman el Estado del bienestar: la sanidad[4] y la educación.

En este sentido, en el año 2012 el Real Decreto-ley 3/2012 –conocido como la reforma laboral del Gobierno Rajoy– modificó –entre otros muchos preceptos– el art. 13 ET, que fijó una regulación, escasa pero cierta, del "trabajo a distancia", y como subespecie de este, el "teletrabajo".

En el ámbito público, se ha considerado que la "administración electrónica" ha servido como presupuesto del teletrabajo, una implantación de medios electrónicos que contaba en 2020 ya con un previo largo recorrido, que podíamos situar en casi ya dos décadas, lo que no obvia la resistencia al cambio y los problemas de transformación informática de los organismos públicos, como bien señalan diversos sectores de la doctrina administrativista.

La dificultad del cambio cultural, por lo demás, no debe desdeñarse, sino tenerse muy en cuenta; como señaló en plena pandemia Cabrera Domínguez (2020), es muy complicado cambiar la cultura en las personas de edad cercana a la jubilación, y ello sin duda acontece en España, donde, en la Administración General del Estado, más del 60 por ciento de los empleados tiene más de 50 años, y donde en el empleo público, en 15 años, se jubilará casi la mitad

4. *Vid.* un análisis crítico sobre las deficiencias de la "telemedicina", que se han puesto aún más en evidencia un año después de la pandemia, en Bejerano (2021).

La siguiente declaración del Sindicato Médico Andaluz es suficientemente expositiva: "así, por ejemplo, cabe preguntarse si es deontológicamente aceptable realizar un diagnóstico o prescribir un tratamiento sin ver y explorar el paciente. ¿No serían necesarios estudios que validasen la seguridad del diagnóstico telemático antes de implantarlo, como se ha hecho con determinadas patologías dermatológicas? ¿Qué responsabilidad tendría el medico en caso de un error diagnóstico? ¿Tiene el paciente derecho a que se le preste asistencia médica de manera presencial? ¿tiene autoridad la Administración sanitaria para determinar la modalidad asistencial sobre la base de principios organizativos y economicistas? ¿Pueden prevalecer estos sobre los criterios puramente clínicos?" (comunicado de 8 de junio de 2020).

de todos los empleados[5]; o, en términos numéricos, entre 2022 y 2023 estas jubilaciones alcanzarán un millón de empleados públicos.

c) Posteriormente, el art. 34.8 ET incorporó el "trabajo a distancia" como una fórmula de ayuda a la conciliación de la vida familiar y laboral. Una norma del derecho del trabajo que puede localizarse, aunque de manera tenue, en el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

No debe olvidarse, sin embargo, que hubo Administraciones pioneras que ya hace una década aprobaron normativas específicas y extensas. Entre ellas buen ejemplo fue el Decreto 92/2012, de 29 de mayo, para la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos[6], algunos de cuyos elementos aparecen reproducidos, en 2021 y 2022, en otras normas aprobadas en teoría de forma novedosa.

Todo ello debe señalarse sin olvidar que la negociación colectiva laboral ha permitido todo tipo de regulación del trabajo a distancia, sea en el domicilio privado o bien en otros lugares diferentes a los centros oficiales de trabajo de las empresas privadas, y, por consiguiente, figuras como los denominados *call centers*, no siempre instalados en recintos empresariales, sino que a menudo desvían las llamadas a empleados que trabajan desde su domicilio particular o a sus teléfonos móviles, tienen una larga trayectoria en el derecho del trabajo español.

En este sentido, es un lugar común afirmar que la normativa de 2020, cuando menos en el ámbito privado, fortaleció la negociación colectiva y le impuso un gran alcance de futuro, con la voluntad de flexibilizar la regulación y adaptarla a cada realidad, esto es, a los sectores productivos y a cada empresa, por lo que han sido y seguirán siendo los convenios y acuerdos colectivos los que podrán incluso fijar porcentajes o periodos de referencia inferiores a los previstos reglamentariamente, lo que obliga a un "constante acuerdo" negociador para aplicar la norma a cada sector específico, en un criterio asumido por la gran mayoría de la doctrina laboralista.

No obstante, también en el ámbito público la negociación colectiva había ya planteado la cuestión, aunque la referencia más significativa lo sea en el ámbito macroeuropeo, a través del Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo-AMET de 16 de julio de 2002, revisado en 2009[7].

5. Cabrera Domínguez (2020). La referencia está en la p. 33, en base a los informes de Catalá y Cortés y de Mikel Gorriti.

6. Decreto 92/2012, de 29 de mayo, del Departamento de Justicia y de Administración Pública, BO del País Vasco, núm. 111, 7 de junio de 2012.

7. Firmado por la Confederación Europea de Sindicatos, la Unión de Confederaciones de la Industria y los Empresarios de Europa, la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa y el Centro Europeo de la Empresa Pública.

Y con ello llegó la pandemia en marzo de 2020 y, fruto de una realidad evidente, el Gobierno debió aprobar la medida de regulación a través de dos reales decretos leyes, uno para el sector privado y otro para la Administración, pues un colectivo significativo de trabajadores privados y de empleados laborales y funcionarios públicos pasaron ya no secuencial o pausadamente, sino de un día viernes para otro lunes-martes, del trabajo diario en dependencias o centros de trabajo a su domicilio. Y luego tramitar el del sector privado como Ley, dando luz a la Ley 10/2021, actualmente vigente.

Santillán Marroquín (2020: 69) destaca cuatro elementos en ese cambio de paradigma radical de un día para otro: implementación de la máxima urgencia, selección de puestos que podían desarrollarse en el domicilio, en el caso de no ser posible implementar más turnos de menos horas y fijar una mal llamada "distancia social" –propiamente, una distancia "entre personas"– y una revisión general de las pausas de trabajo, turnos, horarios, horas de trabajo y otras modalidades de contratación, vacaciones disponibles y la hipotética revisión del salario.

Una realidad que merece, ya no solo en el futuro, como en ocasiones hemos señalado (Boltaina Bosch, 2020a), sino en el mismo presente, no solo un análisis jurídico y de gestión, sino también en otras esferas, como el psicológico, el organizativo y el económico, pues muchos son los elementos que van más allá del aspecto del empleo del teletrabajo: así, la telemedicina, la robotización del trabajo, las brechas de seguridad –progresivamente alarmantes, como luego señalaremos–, las implicaciones fiscales, los riesgos del teletrabajo para la protección de los datos personales, la monitorización y el control del empresario sobre los datos personales, la desconexión digital o la afectación psicológica del trabajo a distancia en un contexto de progresiva ausencia de socialización laboral.

Cuestión distinta es si será cierto o no que el teletrabajo llegó para quedarse, como algunas voces afirman, aunque exista en 2022 una cierta acción de reflujo. En este sentido, parece que el sistema productivo español encuentra dificultades para ello, y prueba es que en 2022 las cifras del INE sitúan en un 13 por ciento a los trabajadores de toda la economía española que realizan "algún" tipo de teletrabajo a lo largo de la semana, lo que no es una cifra en absoluto elevada ni expansiva[8], o que en este mismo año el Gobierno central

8. *Vid.* https://www.eleconomista.es/gestion-empresarial/noticias/11711106/04/22/Espana-echa-el-freno-al-teletrabajo-con-un-descenso-del-4-en-el-ultimo-ano.html; en esta información de abril de 2022 se señala que son tres los trimestres consecutivos en que el número de teletrabajadores se reduce. A finales de 2021, eran 2,74 millones de trabajadores los que algún día de la semana teletrabajaban, lo que supone algo más del 14 por ciento del empleo público y privado español.

haya aprobado expandir el teletrabajo entre los empleados públicos, para así ahorrar en energía, lo que colisiona –a nuestro entender– con la real finalidad de esta fórmula de trabajo, pues no parece que el trabajo a distancia tenga como objetivo ahorrar costes de energía a las empresas, o cuando menos, no debería ser su razón de ser[9].

2
Un marco normativo diferenciado: Ley 10/2021 y Real Decreto-ley 29/2020

La normativa vigente en 2022, hundiendo las raíces en la normativa de 2020 y 2021, tiene en cuenta tres elementos diferenciales, que referencian toda la regulación específica del detalle del artículo. En concreto queremos referirnos a estas tres esferas:

a) La propia denominación de los dos reales decretos leyes iniciales de 2020 y luego de la Ley 10/2021: mientras para el sector privado se regula el "trabajo a distancia" y, como submodalidad de este, el "teletrabajo", la normativa para la Administración se refiere en exclusiva al "teletrabajo". Así, la Ley 10/2021, de 9 de julio, se titula "de trabajo a distancia", e inicia su primer párrafo de la exposición de motivos de la siguiente manera: "El trabajo a distancia, entendido como trabajo que se realiza fuera de los establecimientos y centros habituales de la empresa y del que el teletrabajo es una subespecie […]".

Esta diferencia, que no es menor, conduce a que la regulación pueda ser coincidente en muchos aspectos, pero también distinta en otros, pues el debate en sede laboral del "teletrabajo" pasará muy a menudo por conceptos como "conexión" y "desconexión", ubicación física del soporte informático, pago de la compra del ordenador, pago de la conexión de wifi, etc., en tanto que el trabajo "a distancia" incorpora elementos mucho más amplios que, incluso, pueden suponer que no haya "teletrabajo", sino exclusivamente trabajo a domicilio, quizá con el uso de un soporte informático para redactar textos; pero no necesariamente trabajo a distancia supone teletrabajo, mientras que, a la inversa, teletrabajo sí que lleva implícita la distancia. De hecho, la Ley 10/2021 fija, como hemos indicado, que el teletrabajo es una subespecie del trabajo a distancia.

No necesariamente esta distinción es incorrecta, entre sector privado y Administración –aunque cuestión distinta es que en uno se regule el trabajo a

9. *Vid.* https://www.elperiodico.com/es/economia/20220524/gobierno-habilita-teletrabajo-funcionarios-ahorrar-energia-13701642

distancia y en el otro solo el teletrabajo–, salvo algunos elementos que plantearemos en este estudio que, por lo demás, no son en absoluto menores; la distinción puede justificarse, pero frente a una regulación extensa en el ámbito privado en primer término mediante real decreto ley y luego por ley de las Cortes Generales, en el público –o mejor dicho, la Administración pública– se limita a un precepto, el art. 47 bis EBEP, de contenido poco concreto; la deriva del desarrollo de este artículo a cada Administración es una de las notas más significativas, pareciendo que se limita también la capacidad de las comunidades autónomas, e, igualmente, el exceso de conceptos abstractos o generales del art. 47 *bis*, frente al detalle de la Ley 10/2021 que regula el trabajo a distancia en el sector privado.

b) En segundo término, la regulación del "trabajo a distancia" del ámbito privado es muy extensa, tal como hemos expuesto, frente a la reducida regulación del ámbito público, que supone incorporar un nuevo art. 47 *bis* al EBEP, muy abierto en su desarrollo posterior, pero por ello también peligroso por el uso que puede hacerse en cada Administración, especialmente en la local, bajo la presión sindical, aprobándose acuerdos perjudiciales para el servicio público que luego serán de compleja reversión.

Por esta razón, no es extraño localizar a muchos autores que han analizado el trabajo a distancia que plantean que la voluntad inicial de los dos reales decretos leyes fue diferente entre sí: mientras el Real Decreto-ley 28/2020 era un auténtico "reglamento" de desarrollo de una especialidad –a nuestro juicio, forma de prestación de servicios que roza la relación laboral especial– de trabajo, por el contrario, el Real Decreto-ley 29/2020 incorporó un precepto al EBEP, con unos criterios muy generales, de carácter básico, para, a partir de ahí, fomentar el desarrollo normativo del teletrabajo en cada entidad pública.

Sin embargo, la voluntad del legislador se mantuvo con la Ley 10/2021: más de diez páginas de exposición de motivos, un total de veintidós artículos dedicados en exclusiva al trabajo a distancia, y luego una retahíla de disposiciones de todo tipo, regulando incluso materias absolutamente ajenas al título de la Ley[10]; por ello se ha afirmado que con el art. 47 *bis* EBEP se ha desaprovechado la oportunidad "inmejorable" de regular de forma adecuada esta fórmula de prestación de servicios en el ámbito público, de tal manera que lo que hubiera podido ser un "éxito para la mejora de las condiciones laborales de los empleados públicos", se presenta "como un fracaso por desperdiciar la

10. Así, la disposición adicional sexta regula el régimen fiscal aplicable a la final de la *UEFA Women's Champions League 2020*, y la disposición adicional octava trata sobre el profesorado de formación profesional, con selección de funcionarios de carrera y nombramientos de personal interino.

coyuntura y el clima de necesidad que ha impuesto la crisis de la COVID-19" (Expósito Gázquez, 2021: 120).

Coincidimos en que, en una primera aproximación tanto al que fue el Real Decreto-ley como a la actual Ley 10/2021, ello parece así; sin embargo, es sorprendente que donde la negociación colectiva puede desplegar su mayor eficacia y extensión –el sector privado– el resultado haya sido una norma extensa, mientras que en el ámbito público, encorsetado por leyes y reglamentos y por límites en la negociación como los que fija el art. 37 del EBEP, se resuelva la cuestión con un carácter reduccionista nominal ("teletrabajo") y con un añadido *bis* al art. 47 del originario EBEP de 2007 –hoy, texto refundido de 2015–, en vez de establecer un precepto específico, o bien una disposición adicional, con mayor contenido normativo.

Nos lleva ello a que la negociación colectiva laboral parece llamada a reducir el ámbito expansivo del Real Decreto-ley inicial y de la Ley 10/2021 posterior, en tanto que en el ámbito público la situación puede ser la contraria, en donde la negociación vaya mucho más allá de lo que quizá el art. 37 EBEP permite, al incidir en ámbitos como la propia organización de la entidad pública, lo que será objeto de conflicto, permitiendo también una importante normativa reglamentaria, ya sea autonómica o de las entidades públicas que tienen tal potestad, como las entidades locales.

Destaquemos, en este sentido, que el Real Decreto-ley 28/2020 se configuró inicialmente como una norma con once páginas de exposición de motivos, 22 artículos –estructurados en cuatro capítulos–, siete disposiciones adicionales, cuatro disposiciones transitorias y catorce disposiciones finales, grupo normativo este –DA, DT y DF– que aprovechaba que "el Pisuerga pasa por Valladolid" para regular todo tipo de cuestiones ajenas al trabajo a distancia, en una nueva mala práctica del uso de las normas con contenidos descontextualizados[11]. La Ley 10/2021, tal como hemos expuesto, siguió la misma lógica: regulación extensa inicial e incorporación de muchas disposiciones sobre pluralidad de cuestiones.

c) Finalmente, es preciso puntualizar que la distinción *grosso modo* efectuada hasta el momento en este estudio que ahora suscribimos no debe llevarnos a engaño: es cierto que el Real Decreto-ley 28/2020 se dirigió al sector privado y la Ley 10/2021 ha seguido exactamente la misma estela, en tanto que el Real Decreto-ley 29/2020 lo fue hacia el sector público –o más exacta-

11. Sorprende, así, que la disposición adicional sexta regule el régimen fiscal aplicable a la final de la UEFA *Women's Champions League 2020* –por cierto, en una Ley aprobada en 2021–, o que la disposición final séptima modifique las funciones de la Dirección General de Ordenación del Juego del Ministerio de Consumo.

mente, la Administración pública–, pero con matices de gran importancia que señalamos en los siguientes apartados del presente estudio.

Ello no nos impide efectuar una afirmación sobre la que hemos localizado relativo consenso a lo largo de los documentos consultados y publicados en los años 2020, 2021 y 2022: el teletrabajo ha venido para quedarse definitivamente entre las herramientas de la Administración, y ello obligará a repensar el funcionamiento de la Administración, con derivadas –quizá– interesantes, como la evaluación del desempeño, la modernización de los esquemas de organización administrativa, y la imprescindible necesidad de "voluntad" y de "medios", por cuanto el soporte legal no es de 2020, sino que viene ya de mucho antes, incluso dos décadas.

Cuestión distinta es que, superada en parte la pandemia del COVID-19 a mediados de 2022, hay muchas sombras en el uso del teletrabajo en la Administración, tal como muchos autores han venido a plantear y como la propia ciudadanía plantea, con quejas constantes, y que posiblemente habrá un debate –o lucha si se quiere– entre una presunta comodidad de teletrabajar desde el domicilio y la necesidad de prestar servicios de formación presencial a la ciudadanía, que los reclama y manifiesta su malestar, en ámbitos tan diversos como la sanidad, la hacienda pública, la atención personal en oficinas municipales o lograr cita personal en dependencias de la Administración[12].

3
El ámbito de aplicación de la Ley 10/2021 y el Real Decreto-ley 29/2020

Se trata de un elemento de gran importancia: si bien el Real Decreto-ley 28/2020 inicialmente y luego la Ley 10/2021 han tenido un ámbito claro y finalista, el de los trabajadores del sector privado, en el Real Decreto-ley 29/2020 en correlación con el anterior los matices son diversos. En concreto nos parece importante resaltar los siguientes elementos:

a) El Real Decreto-ley 29/2020 modificó el EBEP y, por tanto, se aplica al personal previsto en el art. 2 del Estatuto Básico.

Por consiguiente, no se aplica al personal laboral de las entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y fundaciones del sector público (Roqueta Buj, 2022: 466-467), que se regirán por la Ley 10/2021 –tal

12. En junio de 2022, la media de espera para lograr una cita para renovar el DNI se situaba en dos meses (https://www.lavanguardia.com/vida/20220623/8358080/colapso-renovacion-dni-cancelar-billetes.html).

como sucedió también con su antecedente, el Real Decreto-ley–, lo que supone que, a menudo, el gestor público deberá tener presente el marco normativo diferenciado pese a que la Administración matriz, sus organismos dependientes, las empresas y fundaciones que lo conforman, más la complejidad de los consorcios, estén bajo su misma dirección como "grupo único" o interrelacionado.

Algún autor ha planteado las dudas aplicativas del art. 47 bis al personal eventual de confianza y a los puestos directivos, por nada decirse sobre ellos (Expósito Gázquez, 2021: 124), pero nuestra conclusión es que todo el personal regulado en el EBEP –funcionarios, personal laboral, personal eventual y directivos– queda en el marco aplicativo del citado precepto. No existe razón para su exclusión, pues el personal eventual de confianza o asesoramiento especial se rige por la normativa funcionarial, en todo lo que sea compatible –art. 12 EBEP–, y el personal directivo profesional ostenta un vínculo previo laboral especial o funcionarial –art. 13 EBEP–.

b) Por lo anterior, debemos distinguir entre la normativa del teletrabajo aplicable a los "empleados públicos" y la normativa que regulará el "trabajo a distancia" de aquellos también que son "empleados del sector público", pero que no son "empleados públicos" *strictu sensu*, según el art. 2 EBEP.

Dicho lo anterior, debemos hacer una doble distinción:

a) A los empleados del sector público se les aplica la Ley 10/2021 si son "empleados públicos", art. 2 EBEP.
b) A los empleados del sector público que no ostentan la anterior condición de "empleado público" se les aplica el art. 47 *bis*, según el redactado dado por el Real Decreto-ley 29/2020, en su momento.

Así, es clara la disposición adicional segunda de la Ley 10/2021: "Las previsiones contenidas en esta Ley no serán de aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones Publicas, que se regirá en esta materia por su normativa específica".

Esta disfunción implica una indudable complejidad, pues mientras el Real Decreto-ley 28/2020 y desde julio de 2021 la Ley 10/2021 y los convenios colectivos puedan dar pie a una regulación específica en cada empresa, sector productivo o entidad privada, el art. 47 *bis* EBEP, según redactado dado por el Real Decreto-ley 29/2020, puede conformar otro marco normativo, siendo en no pocas ocasiones empleados todos que dependen de una misma Administración matriz.

Se ha planteado, en este sentido, que habrá un efecto de mimetismo (Jiménez Asensio, 2021: 22), pero ello no es, precisamente, una ventaja, como es bien conocido en el "mimetismo" que ha acontecido entre los acuerdos y pactos de funcionarios y los convenios colectivos de personal laboral, en un *totum revolutum* que a menudo ha incurrido en ilegalidades para ambos

productos normativos, que se basa en la acumulación de derechos al alza, en que cada colectivo de empleados incorpora a su esfera jurídica los derechos del otro colectivo, si es mejor –técnica del "espigueo"–, y transformando la negociación colectiva en un producto casi irreconocible si se la analiza a la luz del art. 37 del EBEP, especialmente, que es mucho más reducida que las posibilidades que ofrece el Título III del ET.

Otra consecuencia disfuncionada de lo anteriormente dicho es que, siendo un único sector público con una misma Administración o entidad matriz, la normativa aplicable será distinta y nos llevará al siguiente esquema:

a) La existencia de dos regímenes paralelos para el mismo sector público, tomando como base una Administración o entidad pública matriz. La Ley 10/2021 se aplicará a los funcionarios de la Administración; también al personal laboral y a los empleados de las entidades del sector público que forman parte del ámbito de aplicación del art. 2 EBEP. No hay duda al respecto: el art. 7 EBEP señala que este Estatuto Básico se aplica cuando así se exprese, en cuanto al personal laboral, y el art. 47 bis, en su apartado quinto, fija con meridiana claridad esta aplicación del precepto a los trabajadores con contrato laboral.
b) La complejidad del personal de las entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y fundaciones del sector público, que quedan fuera del art. 47 bis EBEP y se incorporan al ámbito de la Ley 10/2021, de "trabajo a distancia" (Roqueta Buj, 2022: 466-467).
c) Ante otras dudas, debemos plantear que el art. 47 bis EBEP no se aplicará tampoco a empleados, de todo tipo, del sector público, que no forman parte del art. 2 EBEP, lo que supone que este precepto es el eje central del nuevo modelo (Jiménez Asensio, 2021: 22).
d) La circunstancia especialísima de los consorcios, cuando estos tienen el carácter de públicos según la legislación local.

   Al respecto hemos de tener presente que son entidades de derecho público; gozan de una adscripción a una Administración –territorial– que puede variar con el tiempo.

   Los autores que al respecto se han pronunciado se inclinan por la aplicación del art. 47 bis EBEP (Jiménez Asensio, 2021, si bien analizado el Real Decreto-ley inicial) y no de la Ley 10/2021 de trabajo a distancia, cuestión que, sin embargo, nos parece compleja, pues sus empleados se rigen por el derecho laboral, tienen sus propios convenios colectivos y su consideración como Administración/entidad pública en donde rige el EBEP es objeto de discusión[13].

13. *Vid*., al respecto, el interesante análisis de Aparisi (2016).

4
Elementos básicos de la comparativa de la Ley 10/2021 y el Real Decreto-ley 29/2020

Sin duda debemos afrontar una dificultad evidente: mientras el Real Decreto-ley 28/2020 fue extraordinariamente extenso, incluso excesivo desde la perspectiva del derecho del trabajo, y la Ley 10/2021 ha seguido la misma estela, el nuevo art. 47 *bis* EBEP es –relativamente– breve y con grandes lagunas o conceptos indeterminados. Un precepto que específicamente señala:

> "1. Se considera teletrabajo aquella modalidad de prestación de servicios a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede desarrollarse, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación.
> 2. La prestación del servicio mediante teletrabajo habrá de ser expresamente autorizada y será compatible con la modalidad presencial. En todo caso, tendrá carácter voluntario y reversible salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados. Se realizará en los términos de las normas que se dicten en desarrollo de este Estatuto, que serán objeto de negociación colectiva en el ámbito correspondiente y contemplarán criterios objetivos en el acceso a esta modalidad de prestación de servicio. El teletrabajo deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento.
> 3. El personal que preste sus servicios mediante teletrabajo tendrá los mismos deberes y derechos, individuales y colectivos, recogidos en el presente Estatuto que el resto del personal que preste sus servicios en modalidad presencial, incluyendo la normativa de prevención de riesgos laborales que resulte aplicable, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación del servicio de manera presencial.
> 4. La Administración proporcionará y mantendrá a las personas que trabajen en esta modalidad, los medios tecnológicos necesarios para su actividad.
> 5. El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se regirá, en materia de teletrabajo, por lo previsto en el presente Estatuto y por sus normas de desarrollo".

En todo caso, señalaremos algunos elementos comparativos que a nuestro juicio, *prima facie*, van en perjuicio de la normativa pública.

Como introducción, destacaremos los ocho elementos clave en que se configura el teletrabajo en la Administración, que desarrollaremos a continuación, según la relación de Roqueta Buj (2022: 466-467):

1.º– El teletrabajo queda condicionado a que las necesidades del servicio lo permitan, por lo que existirán supuestos en los que será imposible, dado el carácter presencial imprescindible del servicio.

2.º– Será compatible con la modalidad presencial, cual modelo híbrido o mixto, con un sistema de rotaciones y de presencia física. Será la Administración la que delimite las horas de jornada presencial y de teletrabajo. No se instituye ningún porcentaje mínimo de jornada para que se considere que hay teletrabajo.

3.º– El teletrabajo debe ser autorizado de forma expresa. Las "necesidades del servicio" no suponen una potestad absoluta para que la Administración niegue el teletrabajo y rechace libremente las solicitudes de los empleados.

4.º– El teletrabajo es voluntario y reversible, salvo supuestos excepcionales que han de ser debidamente justificados.

5.º– El teletrabajo debe contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento, lo que implica que se podrá autorizar y luego revertir en función de las necesidades de la Administración. El teletrabajo, en base a este criterio, es temporal, dada esta reversibilidad.

6.º– Los teletrabajadores gozan de derechos, pero también de deberes, individuales y colectivos, previstos en el EBEP o –para el personal laboral– el ET.

7.º– La Administración debe proporcionar y mantener, a las personas que trabajen en esta modalidad, los medios tecnológicos necesarios para su actividad.

8.º– Finalmente, el teletrabajo debe llevarse a cabo en base a las normas que se dicten en desarrollo del EBEP, que requieren una negociación colectiva en cada ámbito público, y deberán establecerse los criterios objetivos para acceder a la modalidad del teletrabajo.

4.1
Los ámbitos distintos de negociación de los reales decretos leyes y de la Ley 10/2021

En el sector privado, la negociación implicó a empresarios, sindicatos y el Ministerio de Trabajo. Esta negociación fue sólida y extensa y, además, prolongada en el tiempo.

Podemos afirmar que el Real Decreto-ley 28/2020 no fue un texto nacido al albur e improvisado, pese a que se puedan localizar deficiencias –como en toda normativa nacida fruto de la urgencia– que incluso se han trasladado a la

Ley 10/2021. Es más, si recurrimos a los antecedentes europeos antes señalados, en Europa ya fueron los sindicatos y empresarios de ámbito europeo los que acordaron una regulación específica hace ya casi dos décadas.

En el ámbito de las Administraciones españolas, la negociación se residenció en la Conferencia Sectorial de la Administración Pública y en la Comisión de Coordinación de la Función Pública, así como en la Mesa General de Negociación, que llegó al acuerdo de 21 de septiembre de 2020.

La duración de esta negociación fue más corta, aunque mucho más espaciada, y la impresión generalizada es que se tuvo poco en cuenta la opinión de las entidades públicas más alejadas de la Administración General del Estado, como las entidades locales o las universidades públicas. Con posterioridad, en 2021, se aprobó el acuerdo de aplicación para el ámbito de la AGE. De hecho, mientras el Real Decreto-ley 28/2020 se tramitó luego como ley, no fue el caso del Real Decreto-ley 29/2020, que se ha consolidado como nuevo art. 47 bis EBEP, sin mayor modificación.

Una conclusión parecería darse a ojos del gestor público –y privado– y de los empleados; mientras el Real Decreto-ley 28/2020 fue fruto de una voluntad de creencia en lo que se negoció, el Real Decreto-ley 29/2020 pareció ser mucho más fruto de las circunstancias y de una cierta "salida del paso" ante un problema evidente, pero derivando a otros ámbitos la regulación concreta.

En este sentido, expresiones como que se desarrollará según "los términos de las normas que se dicten en desarrollo de este Estatuto, que serán objeto de negociación colectiva en el ámbito correspondiente y contemplarán criterios objetivos en el acceso a esta modalidad de prestación de servicio", o también que "la Administración proporcionará y mantendrá a las personas que trabajen en esta modalidad, los medios tecnológicos necesarios para su actividad", o bien que "el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se regirá, en materia de teletrabajo, por lo previsto en el presente Estatuto y por sus normas de desarrollo", son afirmaciones de difícil concreción en cada Administración, y aún más cuando la capacidad de negociación de estas es débil o inexistente por no contar con equipos y criterios sólidos ante las peticiones sindicales.

4.2
La contradictoria extensión regulatoria en el marco actual de las relaciones de trabajo

Nos hacemos eco de una afirmación emitida desde la doctrina que nos parece muy acertada, cual es la paradoja regulatoria, que a nuestro entender incluso

es extraña, a la vista de lo que supone el marco normativo laboral frente al público.

Mientras las normativas que regulan el empleo público tienen por costumbre ser extensas, dado que la negociación colectiva –funcionarial– está encajonada por los límites del art. 37 EBEP y las normas en cascada pueden ser aún más extensas –así, normativa sobre régimen disciplinario, régimen de incompatibilidades o de selección o retribuciones–, el criterio general del derecho del trabajo es una regulación básica, de mínimos –con algunas excepciones, como puede ser la del contrato a tiempo parcial, antítesis de lo que señalamos–, y de la que es buena prueba el Estatuto de los Trabajadores, una norma que no supera los cien artículos, que regula gran parte de las relaciones individuales y colectivas en España.

Lo anterior no obsta, sin embargo, para que, a diferencia del modelo de las décadas de 1980 y 1990 orientado en ese sentido al ámbito del derecho del trabajo –de lo que es buen ejemplo no solo el ET, sino también normas de gran significado como la Ley Orgánica de Libertad Sindical–, progresivamente el legislador haya incurrido en la tendencia de normar *in extenso* las relaciones laborales, aunque sin poder soslayar el papel fundamental de la negociación colectiva.

El modelo español se basa en la existencia de un ET por mandato constitucional, pero también en una confianza plena en la negociación colectiva sectorial y de empresa, fruto también del reconocimiento constitucional, que bebe en esta regulación de los modelos comparados como los de Alemania y países nórdicos. En este sentido, la Constitución garantiza la eficacia jurídica de los convenios colectivos y su obligatoriedad *erga omnes* si se trata de convenios colectivos negociados al amparo del Título III del Estatuto, los denominados "convenios colectivos estatutarios", pero permitiendo también los denominados "extraestatutarios".

Esta confluencia supone que el ET es la norma básica y, a partir de ahí –pese a la existencia de otras normas laborales–, es en el convenio colectivo e incluso en el contrato de trabajo donde se plasman muchos de los derechos y las obligaciones de las partes afectadas.

En este supuesto del trabajo a distancia o del teletrabajo, sucede lo contrario cuando la entidad es una Administración: el art. 47 bis EBEP situó a las Administraciones públicas ante el abismo, sin apenas límites y con los existentes ambiguos o indeterminados, mientras que en el Real Decreto-ley 28/2020, y ahora en la Ley 10/2021, el marco es mucho más cerrado, evitando los peligros de cualquier tipo de ausencia o vacíos en la regulación.

Por tanto, es muy factible que el resultado lleve a una contradicción: que el resultado de la negociación en el ámbito público vaya más allá que en el

sector privado, especialmente fijando unas condiciones de máximos que tengan poco o nada en cuenta a los terceros afectados: los ciudadanos usuarios de servicios públicos. O el conflicto que se originará si no hay acuerdo negociador y la Administración debe aprobar la norma unilateralmente, posibilidad que el EBEP le permite (Boltaina Bosch, 2020a: 43), pues la obligación en el empleo público es la de negociar en buena fe, pero no necesariamente llegar a un acuerdo.

No olvidemos, en este sentido, que los acuerdos ya asumidos –como el del Estado, en abril de 2021[14]– y los posteriores son un remedo de flujo y reflujo contradictorio en algunas ocasiones, con planteamientos diversos; inicialmente, propulsando el trabajo a distancia, luego reduciéndolo y de nuevo fijándolo en de uno a tres días a la semana[15], lo que se ha reconfirmado en mayo de 2022, con la finalidad de ahorrar energía en los centros públicos[16], decisiones con gran repercusión entre la ciudadanía, que debe ser atendida por los servidores públicos.

Así, la Orden de 25 de mayo de 2022, aprobada en el Consejo de Ministros[17], estableció, bajo una cierta expresión eufemística, en el apartado tercero, denominado: "Medidas orientadas a la facilitación de la prestación de los servicios públicos por las empleadas y empleados públicos mediante diferentes fórmulas organizativas que garanticen plenamente la atención a la ciudadanía", lo siguiente: "El refuerzo de la modalidad de trabajo a distancia, a fin de reducir el impacto energético producido, tanto por los desplazamientos al lugar de trabajo, como por el consumo de energía en el propio centro de trabajo, asegurando la atención presencial a la ciudadanía".

Es relevante, en este sentido, que mientras documentos sindicales han afirmado que el teletrabajo en el ámbito público debe ser limitado, pues debe prevalecer la atención al ciudadano, la práctica a nivel de cada Administración ha ido –especialmente en los años 2020 y 2021, pero también en 2022– desfigurando el modelo hasta un punto que se nos antoja peligroso para la prestación de servicios públicos, ante una generalización de días de teletrabajo semanal que oscilan entre uno y tres, incluso cuatro, según qué circunstancias, o basándose en criterios de reducción del coste energético, lo que es casi una antítesis de la finalidad del trabajo a distancia.

14. Acuerdo de 12 de abril de 2021 sobre aplicación del art. 47 bis EBEP al teletrabajo en la Administración General del Estado.
15. Disposición 15 del Acuerdo: "La modalidad general de teletrabajo, en cómputo semanal, consistirá en dos días en modalidad presencial y tres en modalidad de teletrabajo".
16. Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de mayo de 2022.
17. Orden PCM/466/2022, de 25 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24-5-2022 aprobando el "plan de medidas de ahorro y eficiencia energética de la Administración General del Estado y las entidades del sector público institucional estatal".

En este sentido, el documento de julio de 2020 de criterios de negociación colectiva que elaboró CCOO, señalaba que era preciso valorar previamente el impacto que el teletrabajo pudiera tener sobre los servicios públicos, "garantizando, en cualquier caso, la prestación presencial en los servicios públicos de atención a la ciudadanía", y calificando el teletrabajo como "opción excepcional y complementaria" a la prestación presencial[18].

Por el contrario, las empresas privadas, si optan por regulaciones osadas, repercutirán en ellas –en beneficio o perjuicio–, y, por consiguiente, deberán desregular o modificar aquello que pactaron, a riesgo de perder clientela, como por ejemplo ha supuesto la política de las entidades bancarias.

Sin embargo, si las oficinas de la Administración tributaria, del Servicio Público de Empleo o de los ayuntamientos permanecen semiabiertas –o semicerradas–, la capacidad de queja o de búsqueda de soluciones del ciudadano es muy compleja[19]. Prueba de ello son las quejas generalizadas tras el inicio de la pandemia, habiendo resultado la cita previa una solución con grandes dificultades, siempre en perjuicio de la ciudadanía. Los ciudadanos se ven desatendidos, los servicios telefónicos muy a menudo están colapsados y muchas atenciones presenciales son de imposible traslado a la distancia, como es el supuesto de la atención médica.

4.3
La diferenciación regulatoria de desarrollo: la vaguedad de la regulación jurídica en el ámbito público y las dificultades aplicativas

De lo dicho con anterioridad, es evidente que el ámbito privado que regula la Ley 10/2021 sitúa la regulación del "trabajo a distancia" en tres esferas jurídicas: el Estatuto de los Trabajadores –regulación escasa–, el propio Real Decreto-ley al inicio y en la actualidad la citada Ley, y el desarrollo a través de convenio colectivo sectorial o de empresa.

Por lo tanto, el sector privado –y no lo olvidemos, las fundaciones públicas y las empresas públicas– conoce el marco y, además, tiene amplia

18. CCOO (2020: 12).
19. Ejemplo evidente de ello son muchas noticias de prensa y consultas al público. Así, el cierre de muchas oficinas de gestión tributaria de la AEAT mediante cita previa ha supuesto el desvío de la atención a medios electrónicos, pero también la presentación por correo postal administrativo de muchos recursos y reclamaciones, en cantidad superior a antes de la pandemia; en el supuesto de los centros de asistencia primaria, en que mucho personal administrativo teletrabaja, se ha optado por solicitudes *online* que producen disfunciones tales como que para un contacto con el médico de primaria el retorno lo efectúa un médico de urgencia, lo que supone una falla en el modelo, de graves consecuencias.

experiencia negociadora confrontando intereses. En todo caso, el resultado de una buena o mala negociación a partir del Real Decreto-ley 28/2020 y luego de la Ley 10/2021 recaerá exclusivamente sobre la empresa afectada, sus clientes, sus accionistas y los propios trabajadores.

Por el contrario, el reducido redactado del art. 47 bis EBEP conlleva diversas dificultades.

En concreto:

– El art. 47 bis es una norma de rango legal, de carácter básico. Una escasa regulación, no obstante, que como hemos señalado ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina teórica (Expósito Gázquez, 2021).

– A diferencia de otros preceptos del EBEP, que derivan a un desarrollo legal, ya sea estatal o autonómico, el art. 47 bis no indica que la regulación de desarrollo deba tener rango de ley. Ello, a nuestro entender, es un defecto importante, pues hubiera sido conveniente una deriva a la ley autonómica para los funcionarios y trabajadores en cuyos casos la ley autonómica goza de competencia, o a una ley estatal para los restantes empleados.

No se trata de que tengamos una especial confianza en la ley autonómica o cualquier otra que desarrolle el art. 47 bis EBEP, pero en todo caso supondría marcar mejor el terreno de aplicación en cada Administración, como ha acontecido con la normativa de medidas de conciliación de la vida familiar y profesional o la de incompatibilidades.

El art. 47 bis EBEP no incorpora ninguna referencia a una ley de desarrollo y ello puede sorprender, pues el trabajo a distancia –o el "teletrabajo"– forma parte del estatuto jurídico de los funcionarios públicos y, sin duda, del tronco de la relación laboral del empleado contratado. Al contrario, el art. 47 bis se refiere a "normas de desarrollo".

No parece, a nuestro juicio, que el redactor del art. 47 bis haya tenido en cuenta la capacidad normativa de los Parlamentos autonómicos. Buen ejemplo de lo anteriormente dicho es el preámbulo del Real Decreto-ley 29/2020, con las siguientes consideraciones: "Será en cada ámbito y en la normativa reguladora que a tal efecto se dicte por cada Administración competente [...]"; "El objeto es, por tanto, configurar un marco normativo básico, tanto desde la perspectiva del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, como desde el punto de vista más específico de los derechos y deberes de los empleados públicos, suficiente para que todas las Administraciones Públicas puedan desarrollar sus instrumentos normativos propios reguladores del teletrabajo en sus Administraciones Públicas". Es más, también se afirma que "el desempeño concreto de la actividad por teletrabajo se realizará en los términos de las normas de cada Administración Pública".

Sin embargo, a nuestro juicio, deberíamos apostar por un encaje más estricto de este posible desarrollo, y en este sentido consideramos necesario apuntar lo siguiente:

– Si bien la negociación colectiva laboral goza de amplias facultades, estas deberían limitarse en el ámbito público de las Administraciones. En este sentido, el "todo no vale" debería ser asumido por las autoridades autonómicas y dictar leyes de desarrollo, pues nada lo impide, *strictu sensu*. Como medida supletoria, sin embargo, la vía reglamentaria puede ser una opción razonable, y en este sentido puede acreditarse que muchas comunidades autónomas han aprobado normas reglamentarias para regular el teletrabajo en sus Administraciones, en una línea de actuación que no parece discutirse.

– Apostamos por esta solución en vista de que el art. 47 bis indica que el desarrollo lo será en base a "las normas que se dicten en desarrollo de este Estatuto" (art. 47 bis, segundo apartado) o "por sus normas de desarrollo".

Es evidente, sin embargo, que la disposición final segunda del Real Decreto-ley 29/2020 frena un desarrollo legislativo autonómico excesivo, al indicar que estas "normas de desarrollo" deben ser las de la potestad reglamentaria de cada Administración, y que hay un plazo de adaptación al Real Decreto-ley de seis meses –que ya finalizó–, pero, a nuestro entender, ello no priva a una legislación autonómica de que marque con mayor detalle la tierra abonada al descontrol extensivo que el art. 47 bis EBEP puede poner sobre la mesa negociadora de cada una de las miles y miles de Administraciones públicas, y, en especial, en el mundo local, donde no hay convenio colectivo ni acuerdo de funcionarios sectorial, y en cada una de ellas, de gran, mediano, pequeño y micro tamaño, no siempre puede constituirse una mesa de negociación de materias comunes.

En este último sentido, es cierto que una solución –que algunas entidades municipalistas iniciaron en el mismo año 2020– es la de firmar acuerdos supramunicipales entre las entidades mencionadas y los sindicatos más representativos, a fin de que cada entidad local incorpore en todo o en parte estos acuerdos, siguiendo una lógica anterior, que es la de firma de acuerdos para los ayuntamientos sin convenio colectivo, que pueden incorporarlos a su marco jurídico por decisión del pleno. Valga como ejemplo el documento de la Federación Aragonesa de Municipios, Comarcas y Provincias, que plantea un texto de "reglamento municipal" de 2021 para regular el teletrabajo en los ayuntamientos que deseen incorporarlo[20].

20. https://www.famcp.es/wp-content/uploads/Modelo-Reglamento-Famcp-Teletrabajo.pdf.

4.4
El conflicto entre "organización" y "derecho" del "teletrabajo" en la Administración pública versus la regulación en el sector privado

El Real Decreto-ley 28/2020, inicialmente, y en la actualidad la Ley 10/2021, han regulado el trabajo a distancia y su submodalidad, que es el teletrabajo. La larguísima exposición de motivos –en ambos textos jurídicos– se refiere a muchos elementos justificativos, incluso de manera excesiva.

En todo caso, su finalidad es la aplicación de la norma a las relaciones de trabajo (art. 1), y define el "trabajo a distancia", el "teletrabajo" y el "trabajo presencial" (art. 2). No puede negarse que la Ley 10/2021, siguiendo la estela del Real Decreto-ley del que trae origen, incide especialmente en los derechos y en los límites a los abusos derivados de la implantación del trabajo a distancia, pero tiene en cuenta también las necesidades organizativas.

En concreto, es interesante la afirmación del punto IV de la exposición de motivos de la Ley 10/2021: "El objetivo es proporcionar una regulación suficiente, transversal e integrada en una norma sustantiva única que dé respuestas a diversas necesidades", para luego indicar que es preciso "equilibrar" las nuevas formas de prestación del trabajo por cuenta ajena, sus ventajas tanto para las empresas como para los trabajadores.

La Ley califica al trabajo a distancia como una "forma de organización del trabajo" y deriva a la negociación colectiva, que considera como "instrumento imprescindible para completar la normativa aplicable en cada uno de los sectores específicos, estableciendo criterios propios" (punto IV, segundo párrafo).

La ausencia de regulación en profundidad del art. 47 bis EBEP y la dificultosa –posiblemente ausente en el futuro– regulación autonómica de desarrollo, nos llevan a que el conflicto entre derecho y organización en el ámbito de la Administración se nos antoje presente desde el primer momento. Sin duda, debemos tener en cuenta diversas cuestiones, que en el ámbito laboral privado aparecen claras, pero que en el art. 47 bis EBEP no lo están con el mismo rigor:

- El teletrabajo es un derecho que podrán gozar los trabajadores y no tanto una imposición o una forma obligatoria. Por ello el EBEP fija su voluntariedad, y por tanto, siendo así, nos hallamos ante un derecho del funcionario o trabajador público.
- Sin embargo, debe analizarse la contraparte, esto es, un teletrabajo que debe insertarse en la organización pública de la entidad.

Cualquier regulación que se dé en una Administración pública afectará al funcionamiento de la misma y, por extensión lógica, a los ciudadanos.

Si los reglamentos de cada entidad que se aprueben inciden exclusivamente en el aspecto del derecho y no en el organizativo, o este queda diluido o incluso ambiguo o en abstracto, el resultado será una consecuencia no prevista. Por consiguiente, normas propias que otorguen el derecho al funcionario o trabajador y que la limitación corresponda al respectivo jefe o responsable supondrá una auténtica quiebra de la finalidad de la regulación. Y ante ello no podemos expresar más que temor, como ha sucedido con la negociación colectiva funcionarial y laboral, que ha imitado una a otra siempre en una base de máximos, en la clásica política de espigueo.

Por lo demás, es preciso preguntarse si el ciudadano tiene derecho al trato presencial, aunque pueda haber alternativas factibles a distancia. Es un debate en donde generalmente se acaba imponiendo la Administración por la vía de los hechos, pero no es ni saludable ni propio de un Estado social. Prueba de ello es la grave crisis de imagen que ha sufrido la banca al imponer horarios de oficinas muy reducidos, también disminuir el número de empleados presenciales, y cómo, por el impulso de un solo ciudadano mayor, todo el sector debió recular frente a lo que era una crisis de imagen ante la ciudadanía[21].

Por todo ello, nuestra conclusión es que mientras en el sector privado la extensa regulación de la Ley 10/2021 permite un marco seguro de la negociación colectiva, el art. 47 bis EBEP es excesivamente escueto y puede dar pie a excesos difícilmente luego reversibles.

Entendemos que la ley autonómica –o la que corresponda en cada ámbito– o incluso el reglamento autonómico debería optar por desarrollar el art. 47 bis EBEP pese a las cortapisas que el Real Decreto-ley fija cuando incorporó el "bis" al EBEP. El teletrabajo en la Administración deberá tener en cuenta que la autoorganización y la prestación de servicios públicos no deben quedar soslayadas por el derecho del funcionario o del trabajador, bajo su estricta voluntad, como se deduce del art. 47 bis EBEP, en una lógica completamente distinta a la que se da en el ámbito de las relaciones laborales privadas.

Con ello se evitaría lo que se ha afirmado desde la doctrina más solvente: "miles de marcos normativos de desarrollo diferenciados en materia de teletrabajo, con consecuencias muchas veces no deseables, menos aún para la siempre sufrida ciudadanía, en la que al parecer nadie piensa, menos aún el legislador excepcional y quienes han urdido esa regulación para atender a sus intereses propios, sean políticos o sindicales" (Jiménez Asensio, 2021: 25).

21. La campaña "Soy mayor, no idiota", impulsada por el médico jubilado Carlos San Juan, es posiblemente el hecho más relevante de este movimiento ciudadano, que obligó incluso a intervenir al Gobierno central y a hacer recular las malas prácticas, abusivas y autoritarias, del sector bancario.

Una consecuencia, por lo demás, que lleva a supuestos extremos, especialmente sobre quién goza del derecho y a quién se limita, con previsiones tales como que cualquier empleado puede solicitarlo, frente a otras que imponen cortapisas o prohibiciones por algunas razones que pueden parecer lógicas, pero otras extrañas, como no autorizarlo a quien tenga reconocida una compatibilidad para ejercicio de una segunda actividad, a los que ocupen puestos de libre designación, a las secretarias de altos cargos (Xunta de Galicia), a los directivos o a quienes tengan reconocido un nivel 30[22], o fijando unos criterios de prioridad en caso de exceso de peticiones[23].

Igualmente, existe el riesgo de descripciones generalistas, como la no posibilidad del teletrabajo en "puestos con unas funciones que exijan necesariamente la prestación de servicios presenciales, entendiéndose por tales los que su prestación efectiva solo quede plenamente garantizada con la presencia física"[24], lo que permite concluir que aunque nada excluye el teletrabajo de un directivo o jefe con responsabilidad, las funciones directivas de organización, control, reuniones o interlocución son de difícil implementación mediante el teletrabajo (Boltaina Bosch, 2020a: 51)[25].

Almonacid Lamelas (2020) señaló con agudeza –dos meses antes del inicio de la pandemia, en enero de 2020– que el teletrabajo, en este ámbito, no debe confundirse con el denominado *smart-working*, esto es, la posibilidad de que el trabajar sea desde donde sea y cuando el trabajador quiera, posible-

22. Aunque contempla excepciones, la normativa de la Generalitat Valenciana estableció lo siguiente: "Los puestos de estructura clasificados con el nivel de complemento de destino 30, […] o el nivel competencial máximo que pueda establecerse, atendiendo a su especial responsabilidad, a las funciones de dirección y coordinación que les puedan corresponder, así como por la posición que ocupan en la estructura organizativa, tampoco podrán ser susceptibles de ser desempeñados mediante teletrabajo salvo cuando el órgano proponente del correspondiente programa haga constar de forma expresa y justificada en el mismo, que las funciones concretas del puesto y su incardinación dentro de la estructura organizativa son compatibles con esta modalidad de prestación de servicios". Art. 3.4 del Decreto 49/2021, de 1 de abril, del Consell de la Generalitat Valenciana, DOGV núm. 9059 de 12-4-2021. Sobre la dificultad del teletrabajo en las funciones directivas*, vid*. Boltaina Bosch (2020a: 51). Analizando las posibilidades e inclinándose por la posibilidad del teletrabajo directivo, puede consultarse el análisis de Martín Castaño (2020).

23. Art. 11 de la Orden de 14 de diciembre de 2020 de Acuerdo sobre la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo en la Administración de la Xunta de Galicia, DOG num. 3, 7 de enero de 2021: los criterios de prioridad, en el supuesto de exceso de peticiones, serán: a) personas víctimas de violencia de género; b) trabajadoras embarazadas; c) personas con discapacidad; d) personas mayores de 60 años; e) personas con necesidades de conciliación de la vida familiar y personal; f) tiempo y distancia de desplazamiento del domicilio al lugar de trabajo; g) no tener autorizada compatibilidad para el desempeño de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público o privado.

24. Art. 3.1 de la Orden de 14 de diciembre de 2020 de la Xunta de Galicia, antes citada.

25. "La ausencia de directivo crea una confusión permanente, no solo para sus empleados sino para él mismo y sus colegas […] un auténtico directivo no tramita expedientes, no gestiona solicitudes, no redacta demandas o respuestas a recursos".

mente aceptable en algunas profesiones, pero difícil de aplicar en el sector público, *a priori*.

Como las normas deben aplicarse de manera coherente, debemos acudir sin duda al preámbulo del Real Decreto-ley 29/2020, que se autocalifica como "disposición normativa mixta en cuanto a su objeto, pues no solo se regulan aspectos autoorganizativos (importantes, como se verá), sino que también se delimita el ejercicio de una serie de derechos [...] como también –y este punto es muy importante– en la prestación de los servicios públicos dirigidos a la ciudadanía".

4.5
La diferencia entre la negociación sindical en los sectores privado y público, y la disfunción resultante en la Ley 10/2021 y el Real Decreto-ley 29/2020

Este elemento no es nada menor, todo lo contrario. Hay una larga experiencia al respecto, desde que en 1987 y especialmente en 1990 se permitió la negociación colectiva funcionarial, por cuanto la laboral ya existía en base al ET también para el personal laboral.

La negociación colectiva se concretó a través de la Ley de 1987 de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas –comúnmente conocida como LORAP–, reformada en 1990 –en que se dio el gran impulso a la negociación pública– y con reformas posteriores, como la de 2006, que creó la Mesa de Negociación de Materias Comunes, todo ello luego incorporado en el EBEP de 2007 y su posterior texto refundido de 2015. Una Ley que, pese a todo, mantiene algunos preceptos vigentes en 2022.

La experiencia de más de tres décadas de negociación funcionarial puede ser valorada de muchas formas distintas, pero lo cierto es que los límites que, en 2022, fija el art. 37 EBEP han sido a menudo ignorados o sorteados con mayor o menor inteligencia torticera por acuerdos o pactos de condiciones que se han ido asimilando a los convenios colectivos del personal laboral, o incluso, sin resquemor, yendo más allá de las previsiones legales, como ha sido la práctica nada inusual durante la década de 1990 y entre 2000 y 2012 de obviar los incrementos salariales fijados en la Ley de Presupuestos, o creando pagas, suplementos, disminución de la jornada de trabajo, permisos, licencias y nuevos derechos estatutarios –nunca, obligaciones– *contra legem*, política que en algunos elementos ha llegado hasta la tercera década del siglo XXI.

La negociación del sector privado, fundamentalmente la que se asienta en los sindicatos más representativos, ha ido consolidando criterios de racionalidad, en gran medida por la propia realidad del mercado. Los debates que afrontan los sindicatos en la pequeña, mediana y gran empresa son generalmente complejos, y a menudo deben tratar y acordar actuaciones que incorporan no solo derechos, sino también medidas quirúrgicas, como los ERTE, el despido definitivo, el traslado de instalaciones, o medidas de jubilación anticipada que son, a menudo, despidos encubiertos. Cuestión distinta es que se pueda calificar, tanto en el ámbito privado como, especialmente, en el público, tal negociación colectiva como "desmesurada", y que no permitirá crear un marco homogéneo de tratamiento de algunos aspectos del teletrabajo y la digitalización en todo el territorio español (Expósito Gázquez, 2022: 163).

El art. 47 bis EBEP nació en 2020, sin embargo, bajo dos elementos que limitaron su mayor concreción.

En primer término, el temor de las comunidades autónomas a que la ley estatal les dejara escaso margen de maniobra legislativa. Sin duda, el recuerdo de normas básicas como las que regulan la selección en las entidades locales, claramente expansivas, introduce un sesgo de desconfianza importante y, por lo demás, comprensible.

Sin embargo, aun comprendiendo esta posición, lo cierto es que el redactado del art. 47 bis EBEP parece más bien limitar casi por completo la competencia legislativa de desarrollo. Si las comunidades tenían temor a una norma amplia y básica, el resultado es una norma escuálida, pero impidiendo –en una interpretación estricta– un desarrollo legislativo autonómico, que debemos considerar reconducible con una interpretación factible de las competencias autonómicas sobre función pública.

Esta problemática, por el contrario, no se ha dado en la negociación del Real Decreto-ley 28/2020, ni luego en la Ley 10/2021 que lo ha sustituido: han sido las organizaciones empresariales las que han negociado en primera línea y, por tanto, conocedoras también de sus necesidades, posibilidades y ventajas e inconvenientes.

Por el contrario, la negociación del art. 47 bis EBEP ha sido entre bambalinas, entre el Estado –y acaso con una tímida posición de las comunidades y la FEMP– y los sindicatos.

Las organizaciones sindicales, mirando hacia el sector público, han intentado abrir el máximo posible de agujeros en la regulación a aprobar. Los términos usados por la doctrina de "abrir el mayor número de boquetes", "marco [...] endeble", y la voluntad última de fragmentar la negociación colectiva en cada nivel de Gobierno, "con la estrategia de conquistas acumuladas en términos comparativos" frente a "empleadores débiles", describen con

toda claridad los déficits del art. 47 bis EBEP (Jiménez Asensio, 2021: 26), los riesgos de los textos que deberán negociarse y el resultado de los mismos. Unos riesgos que en absoluto acontecerán en el sector privado, pero que en el público pueden suponer que los límites del art. 37 EBEP en la negociación quiebren ante lo que permite el art. 47 *bis* EBEP.

Por ello, como conclusión, pese a que el art. 37 EBEP pueda parecer superado por la fragilidad del art. 47 bis EBEP, ello no debe ser así. En concreto:

– Las normas deben interpretarse de manera coherente, y los preceptos de un mismo texto legal, de forma cohonestada. No es posible que el art. 37 limite la negociación colectiva cuando afecta a la autoorganización de cada Administración y el art. 47 bis permita quebrar esta frontera. No es una interpretación lógica.

Por ello, nos parece –como nota de ejemplo– que dejar con carácter general el ejercicio del derecho de funcionarios y trabajadores al teletrabajo en manos de cada uno de los empleados y fijar un límite o prohibición posterior a cargo de su jefe o superior es una de las peores medidas factibles, que en cambio parece generalizarse en los acuerdos ya existentes al cierre de este estudio.

A nuestro juicio, el art. 47 bis debe interpretarse según el art. 37. El "teletrabajo" es un derecho, pero también es una forma de organización, o más propiamente, es una forma de organización que, en todo caso, se interrelaciona con algunos derechos, pues no puede imponerse de manera forzosa. Las normativas que se aprueben serán normas de organización, y en este caso consideramos que no hay negociación posible, o bien es una negociación de muy baja intensidad, sobre tal capacidad organizativa de las entidades públicas, lo que no impide que un sector doctrinal considere que los derechos de los empleados públicos han sido "uno de los grandes perjudicados por la implantación de la administración electrónica" (Expósito Gázquez, 2022: 166) y que esta situación se agravará en los próximos años, impresión que los autores de este documento no compartimos, pero que en todo caso debe tenerse en cuenta.

Hemos consultado documentos diversos, y en este sentido, las áreas o servicios que deben mantener servicios presenciales y de atención directa a los ciudadanos son ámbitos de organización, ajenos a la negociación colectiva pública.

Igualmente, qué tareas, funciones o actividades deben ser prestadas a distancia o no, también es organización y no factible de ser negociado obligatoriamente. El resultado es una pluralidad de concepciones muy diversas, incluso subjetivas, en función del mayor grado de adhesión o desapego del gestor público al teletrabajo en el sector público.

– Claro está que la dificultad fronteriza se dará entre los derechos de cada trabajador o funcionario y sus condiciones de trabajo, por un lado, y la organización de la Administración. Aquí sí que la negociación colectiva tiene opciones, por previsión expresa del art. 37 EBEP. Ahora bien, ello no debe suponer una quiebra del sistema y que a través del teletrabajo la negociación pueda tratar de aspectos que, con el trabajo presencial, tenga vetados o muy modulados, y por ello no compartimos el criterio de que con la digitalización se han perdido muchos derechos de los empleados públicos, aunque sí concordamos en que, en algunas esferas y estratos de empleados públicos –especialmente, los directivos–, el derecho a la desconexión digital –por ejemplo– se ha convertido "en una completa utopía", al pasar a ser un derecho "indefinido, abstracto y abierto", que se concreta según la voluntad de cada Administración (Expósito Gázquez, 2022: 167).

4.6
Elementos mínimos del Real Decreto-ley 29/2020 que incorpora el art. 47 bis al EBEP que no asumen igual trascendencia en la Ley 10/2021

Comparar los dos textos es muy complejo, dada la extensión de uno y la brevedad del otro. Sucedió al comparar los dos primeros reales decretos leyes y acontece de nuevo entre el art. 47 bis EBEP y la Ley 10/2021. Sin embargo, queremos destacar los siguientes elementos que en el ámbito privado no aparecen con tanta claridad en la Ley 10/2021, por razones obvias.

– Como ya hemos mencionado, la organización y gestión del trabajo. El empresario privado es conocedor de esta circunstancia, de sus límites y necesidad. El gestor público adolece a menudo de conocimientos o incluso es tan débil en la negociación que compra la paz social del presente sin tener en cuenta el futuro. Ello es predicable tanto del gestor público como del legislador, de lo que es buena prueba la Ley 20/2021 de reducción de la temporalidad en el empleo público.

– Poner el centro de cualquier medida en los servicios a los ciudadanos. No son estos los que están al servicio de la Administración, sino al revés. Mientras en el sector privado la libertad de mercado –por lo general, pues pueden existir ámbitos casi de monopolio– resitúa cualquier error, en el público ello no es así. Prueba es el caos que en muchos servicios médicos, Seguridad Social, Hacienda, entidades locales, etc., está aconteciendo, con jornadas semanales de teletrabajo de tres o cuatro días, que han llevado al colapso la atención ciudadana.

El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han fijado el derecho de los ciudadanos a la "buena administración", y han considerado, así, que respuestas a peticiones o recursos tras tres o cuatro años son un ejemplo intolerable en un Estado de derecho. Lo que es inverosímil en el sector privado, no lo es en el público. El trabajo a distancia o el teletrabajo deben subordinarse, siempre, a los servicios a la ciudadanía.

– La complejidad de los derechos a la protección de datos y los derechos digitales. La Administración, en este sentido, va a distancia aún del sector privado. Mientras la Ley 10/2021 tiene en cuenta la importancia de este elemento –y también la tuvo el Real Decreto-ley antecedente–, el art. 47 bis EBEP lo deriva en exclusiva al desarrollo en cada Administración. Ello supone una materia con sustancia propia que debe ser estudiada en profundidad (*vid.*, al respecto, Expósito Gázquez, 2022)[26].

5
Una debilidad del art. 47 bis EBEP versus la regulación privada: el acuerdo de trabajo a distancia o teletrabajo

Se ha afirmado que uno de los ejes fundamentales del inicial Real Decreto-ley –y por extensión, de la Ley luego tramitada en las Cortes Generales– es el "acuerdo de trabajo a distancia o teletrabajo"[27] que se regula en los arts. 6 y 7 de la norma vigente en 2022. En este sentido, es indudable que el acuerdo aporta seguridad y publicidad para todas las partes, y que los elementos que destacan al respecto –en que nada indica el art. 48 bis EBEP, por el contrario– son:

a) La formalización por escrito, con anterioridad al inicio del teletrabajo, documento al que tiene acceso la representación de los trabajadores, salvo a los datos privados.
b) El acuerdo incorporará un contenido mínimo, entre el que localizamos la mención de los medios, equipos e instrumentos para desarrollar el teletrabajo, así como los bienes consumibles y los elementos muebles.

26. El trabajo de la profesora Expósito Gázquez (2022) es especialmente interesante por sus reflexiones críticas y el análisis de los derechos digitales del personal empleado público.
27. Empiezan a ser numerosos; entre otros, en www.rceleven.com: "Anexo al contrato de trabajo. Acuerdo de teletrabajo [según RD Ley 28/2020 de 22 de septiembre, de Trabajo a Distancia]". También, adaptado a la Ley 10/2021, *vid.* https://www.grupo2000.es/modelo-de-acuerdo-de-teletrabajo-obligatorio-segun-la-ley-de-teletrabajo/. Y por último: https://www.iberley.es/formularios/acuerdo-trabajo-distancia-teletrabajo-actualizado-ley-10-2021-9-julio-5471

c) Igualmente, se prevé la cuestión –crucial– de los gastos del teletrabajo, la compensación que debe abonar la empresa e incluso los efectos en la cotización a la Seguridad Social de esta compensación.

d) El documento debe incorporar el horario de trabajo y las reglas de disponibilidad, así como el porcentaje de distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia.

   Este elemento es importante: para la Ley 10/2021 se entiende que es "regular" el teletrabajo que se presta, en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o la proporción equivalente en función de la duración del contrato (art. 1, segundo párrafo). Así pues, si no se alcanza el treinta por ciento no es un teletrabajo regulado por la Ley 10/2021, si bien los convenios colectivos o acuerdos de igual naturaleza podrán regular una jornada mínima presencial, el ejercicio de la reversibilidad al trabajo, un porcentaje o periodo de referencia inferiores a los que indica la Ley, "a los efectos de calificar como 'regular' esta modalidad de ejecución de la actividad laboral" (disposición adicional primera.2). Ninguno de estos límites –tan importantes– ni ninguna opción se incorporan al art. 47 bis EBEP.

e) Otros elementos del acuerdo firmado nos parecen relevantes, como la adscripción del trabajador a un "centro de trabajo" presencial, donde deberá acudir para ese trabajo presencial, lo que supone un dato muy importante porque implica ejercer derechos colectivos y también, a nuestro entender, elementos de socialización, completamente ausentes en la redacción del art. 47 bis EBEP. El marco de derechos colectivos e individuales en el trabajo a distancia o teletrabajo –que se diluyen, quiérase o no– está previsto en la Ley 10/2021, pero está completamente ausente en la normativa pública.

Uno de los elementos que debemos destacar es que la normativa laboral regula *in extenso* otros muchos aspectos, y ello nos merece una doble consideración:

a) En primer lugar, la Ley 10/2021 ofrece una intensa seguridad jurídica y trata muchos elementos que en el art. 47 bis EBEP ni tan solo constan.

b) No es difícil detallar estas diferencias. En todo caso, destacaremos las siguientes, que son ignoradas por el art. 47 bis EBEP[28]:

28. Puede verse un resumen detallado en la web de *Notarios y Registradores*, de 3-10-2020: "Resumen Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre: trabajo a distancia".

- El lugar donde se llevará a cabo el teletrabajo –aspecto este que debe incorporarse en el acuerdo escrito–.
- Los derechos vinculados a la carrera profesional y la formación. La Ley 10/2021 dedica una especial atención a ello, lo que permite concluir que hoy por hoy la perspectiva casi siempre es el trabajo presencial y el nuevo modelo supone un cambio importante de paradigma.
- El derecho a la dotación de medios telemáticos y el abono y compensación por gastos.
- La regulación del tiempo de trabajo, que se concreta en los arts. 13 y 14 de la Ley 10/2021, como sección específica sobre "derechos con repercusión en el tiempo de trabajo", divididos en "derecho al horario flexible" y "derecho al registro horario adecuado", y sobre lo que el art. 47 bis nada señala.
- La desconexión digital, ausente en el art. 47 bis y prevista en el art. 18 de la Ley 10/2021, y que será un elemento importante en las negociaciones públicas, pero también cohonestado con otro elemento: la "conexión digital", esto es, que frente a las peticiones constantes de las organizaciones sindicales para que se reconozca el derecho a la desconexión, será preciso también fijar elementos de conocimiento o control de la conexión. En todo caso, "conexión" y "desconexión" deberán también ser reguladas en la normativa de desarrollo en cada Administración, y parecen elementos muy débiles de la realidad presente, hasta el punto de que se ha afirmado que la procrastinación[29] va muy a menudo ligada al teletrabajo, pero también la ansiedad y la falta de concentración[30].

29. *Vid*. el interesante artículo de Phillips (2022), en donde claramente se observa que la multitud de inputs, aplicativos en marcha, canales de comunicación, etc., crean o una procrastinación en el trabajo importante a realizar o bien un elevado grado de ansiedad. Como señala, en dicho artículo, Clara Roo: "También tiene que ver con una cultura organizativa. Trabajé en empresas bastante tóxicas en este sentido, en las que todo era para ayer y no había límites entre lo personal y lo profesional, y también en otras donde eran mucho más respetuosas con tu tiempo y buscaban este balance de vida privada y profesional". Para Eva Rimbau: "Las empresas tienen que ser muy conscientes de que la exigencia de la respuesta automática o casi inmediata, sea por canales tipo WhatsApp o por reuniones, lo que hace es restar tiempo a la persona trabajadora para poder avanzar con tareas más complejas de esfuerzo intelectual que, en el fondo, probablemente es donde aporte más valor".

30. En el citado artículo de Phillips (2022) se cita el Informe *From work chaos to zen: How application overload redefines the digital workplace* (2020), en donde el 70 por ciento de los trabajadores encuestados en EE. UU., Reino Unido y Australia afirmaban que el volumen de sus comunicaciones en el teletrabajo era un reto para realizar su actividad, y más del 65 por ciento afirmaban que perdían hasta una hora diaria de su jornada "navegando entre aplicaciones".

– La complejísima regulación de la prevención de riesgos laborales. El art. 15 de la Ley 10/2021 trata de tal ámbito, y en mayor detalle el art. 16 concreta la evaluación de riesgos laborales. Este elemento será fundamental, pues parece que las líneas que se aprueban comportan que la Administración deberá comprobar las condiciones de trabajo del domicilio, así como facilitar la mesa, la silla adecuada y algunos elementos más. Sin duda, además, ello supondrá una reconfiguración de la figura del técnico de prevención de riesgos laborales en el ámbito público.
– Los derechos colectivos, un elemento básico de la relación laboral. Así, el art. 19 de la Ley 10/2021, bajo el frontispicio de "derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia". Esta regulación podría ser aplicable a la Administración pública, pero ante la ausencia de regulación en el art. 47 bis EBEP, corresponderá a cada entidad pública aplicar o modular estos derechos.
  Las organizaciones sindicales –aunque no todas–, sin embargo, en un cierto afán de generalizar el teletrabajo a nivel de cada Administración, no han parecido tener en cuenta el progresivo desapego que supone el trabajo a domicilio en relación con el sindicalismo, lo que acredita la bajísima tasa de participación en elecciones sindicales en entidades públicas donde la prestación de servicios es de algunas horas en determinados días a la semana, como sucede entre el profesorado de las universidades.

Nos parece muy interesante el análisis que sobre tales riesgos el sindicato CCOO formuló en su documento de mayo de 2020, y que incide en las siguientes referencias (FSC-CCOO, 2020, 3-4):

a) El teletrabajo, si es continuado, impide la intervención sindical cotidiana, y por lo tanto puede suponer una pérdida de influencia para el sindicalismo de clase. En aquellos espacios donde no hay intervención sindical las condiciones de trabajo del personal se deterioran. Es lo que se ha denominado la puesta en riesgo de las relaciones de empleo (Molina *et al.*, 2021: 68).
b) El teletrabajo, si no es amparado por un ámbito de negociación colectiva, favorece la individualización de las relaciones de producción, y por tanto consolida las premisas neoliberales de mercados de trabajo desregulados.
c) El teletrabajo puede acabar derivando en fórmulas de trabajo autónomo, puede facilitar procesos de externalización o privatización, y por lo tanto favorecer la precarización, en aquellos ámbitos donde la

negociación colectiva sea muy débil o donde la correlación de fuerzas sea muy desfavorable para la parte social. Y en caso de no llegar a esta situación, se acentúa un control del trabajo en base al modelo de "gestión resultadista", donde la productividad es eje central, con la conversión de los empleados en corresponsables de la justificación del trabajo (Molina *et al.*, 2021: 68).

d) El teletrabajo tendrá una doble relevancia: una por el porcentaje dentro del mercado de trabajo que adquirirá como modalidad de prestación laboral, y –la más importante– su distorsión del concepto "centro de trabajo" y del carácter sociosindical del mismo, que plantea un reto adicional para la acción sindical y para la protección de los derechos de las personas trabajadoras. Por ello, su regulación no puede limitarse a una materia adicional de la negociación, sino que debe ser nuclear de la misma.

e) El teletrabajo puede significar para las mujeres una vuelta al hogar, con el aislamiento del mundo laboral y de la sociedad, o la vuelta al trabajo precario, al no prever medidas de igualdad, o el definitivo aislamiento de quien sufre violencia de género.

f) Finalmente –aunque no mencionado en el referido informe–, un descontrol sobre la jornada, tal como plantean los autores antes citados (Molina *et al.*, 2021) cuando señalan que acontece un aislamiento de los trabajadores, una mayor dificultad de la organización colectiva y sindical, un pretexto de las entidades para deshacerse de costes fijos no solo en oficinas, sino también en gastos de personal, y externalizar el trabajo, de tal manera que se extienda la "plataformización", pero también graves problemas de desconexión digital.

Estas consideraciones, formuladas al inicio mismo de la pandemia de 2020 y en 2021, se mantienen –a nuestro juicio– en el momento presente, y la Ley 10/2021 y el art. 47 bis EBEP difícilmente podrán revertirlas en positivo: "Ante la desvirtuación del centro de trabajo debemos salvaguardar la capacidad de la acción sindical, ante el riesgo a la individualización de la relación laboral, la invisibilidad del colectivo en teletrabajo y la pérdida de conciencia de colectivo, estableciendo las herramientas que garanticen la acción sindical y la negociación colectiva en igualdad, la comunicación con el colectivo en teletrabajo, su información y participación en la representación colectiva sindical y su elección, al igual que en las decisiones de la propia negociación colectiva" (FSP-CCOO, 2020, 5). En este sentido, frente al art. 47 bis EBEP, la Ley 10/2021 lleva a cabo por vez primera una regulación específica de los derechos colectivos, pero con un largo recorrido que, en el ámbito público, puede ser más complejo (Pastor Martínez, 2021).

6
Dificultades del teletrabajo en la Administración pública versus el desarrollo del sector privado

Nos parece muy interesante el elemento que ha sido denominado "resiliencia y continuidad en la prestación de los servicios públicos", que es un eje fundamental que debería tenerse en cuenta en la interpretación del art. 47 bis EBEP y su desarrollo, y que afecta a la Administración y a sus empleados. Frente a ello, muchas entidades privadas tienen bien controladas estas cuestiones, en la resiliencia y continuidad en la prestación de servicios privados.

En este sentido, la doctrina ha planteado el incremento de riesgos, aunque ya existían en el trabajo presencial. Sin embargo, los riesgos para la seguridad en un centro público presencial guardan un contorno muy diferente al del riesgo que puede sufrir el ordenador de un funcionario o trabajador en su domicilio.

Los ejemplos que hemos consultado nos parecen de gran interés. El Centro Nacional de Inteligencia (CNI) alertó que el paso de un día para otro al teletrabajo para las instituciones públicas, en marzo de 2020, obligó a abrir "las puertas" sin haber evaluado los riesgos ni la existencia de medidas técnicas y organizativas mínimas para reducir al máximo el peligro en materia de seguridad y privacidad.

Ello acontece también en el sector privado, pero es evidente en el público. Así, durante 2020, veinte servidores de ayuntamientos catalanes fueron atacados, y fue paralizada toda su actividad. A partir de un ciberataque se paralizan e infectan los servidores locales, se secuestran para solicitar un rescate monetario, se amenaza con divulgar o vender datos privados; entre los atacados también están hospitales públicos y universidades, y por extensión, sus empleados. La paralización del Servicio de Empleo Estatal en 2021[31] o la de la Universidad Autónoma de Barcelona también en 2021 son otros buenos ejemplos, con un coste económico inasumible por el ente universitario y que estuvo a cargo del Gobierno catalán[32]. En el ámbito público, en 2020 se

31. El ataque informático al SEPE paralizó su actividad precisamente cuando mayor necesidad del servicio se tenía, en tramitación de ERTE, perjudicando claramente a los ciudadanos afectados. El ataque tuvo origen en un *ransomware*, un estilo de ataque que ya ha afectado a otras organizaciones y empresas nacionales y que compromete los sistemas informáticos. El resultado fue que el SEPE perdió miles de solicitudes de ERTE y otras solicitudes de desempleo, hasta el punto de que en una provincia española se perdieron todas las solicitudes de desempleo y todos los ERTE entre el 4 y el 9 de marzo. El ataque aconteció el 9 de marzo y se tardó más de dos semanas en poder iniciar la recuperación, imposibilitando el pago de nóminas.

32. El Gobierno catalán acordó transferir a la Universidad una ayuda de 3,5 millones de euros con el fin de poder recuperar la normalidad tras el ciberataque que sufrió el 11 de octubre

registraron 82 530 incidentes de ciberseguridad, y en 2021, 69 202. De ellos, más de la mitad afectaron a las Administraciones regionales o locales, que en 2021 sufrían el triple de ataques que en 2016 (39 483 por 11 991), según datos del Ministerio de Defensa, que reflejan que el peor momento para estos organismos fue la pandemia (43 091 incidentes en 2020)[33].

El Centro Criptológico Nacional, dependiente del CNI, señala que el aumento del uso de soluciones en la nube, conexiones VPN, servicios de escritorio remoto virtual VDI, redes de confianza cero y gestión de identidades, servicios y tecnologías para el acceso remoto, herramientas colaborativas, aplicaciones de videoconferencia, etc., generará que los ataques a estos entornos, en especial a los sistemas públicamente expuestos, sigan creciendo. Así, el CNI indicó, en abril de 2022, que la sanidad pública española había recibido en casi cuatro meses un total de cuarenta ciberataques "muy peligrosos" (128, en todo 2021). El número total de incidentes detectados en el sistema público español en 2021 y los tres primeros meses de 2022 ascendió a 3393[34].

Ello conlleva, en la práctica, cuestiones no menores en cuanto a las obligaciones de los empleados públicos. La norma presume que el teletrabajo se prestará siempre desde el mismo lugar –por lo general, la vivienda habitual–, lo cual se ha demostrado claramente falso.

Debería, por ello y en teoría, comunicarse a la Administración cualquier variación del lugar en donde se teletrabaja, a fin de proteger la seguridad y la privacidad de los datos, pues el desarrollo de la actividad fuera del centro de trabajo público requiere unas licencias y permisos tecnológicos asociados a un dispositivo y una localización geográfica concreta (Expósito Gázquez, 2021: 125), lo cual implica –imprescindible medida– que los empleados públicos reciban formación y herramientas adecuadas para proteger los sistemas de las ciberamenazas, y un protocolo de actuación caso de ciberataque (Moro Cordero, 2021: 87 y ss.). Una formación que es vital en doble sentido: para poder seguir avanzando en la carrera profesional con las mismas oportunidades que el resto de empleados públicos presenciales, y el correcto desempeño

de 2021, que dejó fuera de servicio un total de 1200 servidores, 10 000 ordenadores, y afectó a más de 50 000 usuarios. Además, el Departamento de Investigación y Universidades aportó 300 000 euros para completar los 3,79 millones de euros que necesitaba la universidad para hacer frente a las investigaciones tecnológicas necesarias para garantizar la seguridad e integridad de sus sistemas informáticos.

33. *Vid.* Segura (2022).

34. Declaraciones de Luis Jiménez, Director del Centro Criptológico Nacional, en el foro "Salud digital y ciberseguridad sanitaria", organizado por la Fundación España Salud. https://www.elespanol.com/invertia/observatorios/sanidad/20220422/alerta-cni-sanidad-publica-espanola-ciberataques-peligrosidad/666683412_0.html.

del trabajo a distancia para no incurrir en faltas disciplinarias y errores que supongan riesgos para la entidad pública (Álvarez Cuesta, 2020: 183).

7
Paradigmas enfrentados: el debate y la realidad en el sector privado y en la Administración pública

Uno de los elementos repetidos es el de localizar y fijar las ventajas e inconvenientes del uso del teletrabajo –o del trabajo a distancia, en un sentido más amplio–.

Sin embargo, los diferentes documentos consultados adolecen casi siempre de optar por una perspectiva privada y, aún más, un contraste de paradigmas, en donde las ventajas para la empresa no se trasladan a la Administración en términos generales, pero sí los inconvenientes, en tanto que las ventajas e inconvenientes de los empleados sí pueden ser bastantes similares.

Si tomamos como referencia el documento del Grupo de Psicología del Trabajo del Colegio Oficial de Psicología de Castilla y León de 2020 (Consuelo Cuenca, 2020), nos permite visualizar –como uno más de los documentos que han analizado la cuestión– este paradigma contradictorio. Así, podemos listar la siguiente relación de "ventajas para la empresa" y su hipotética extensión a la Administración:

1. Menor infraestructura.
2. Reducción de costos fijos.
3. Mayor productividad ante un trabajo por objetivos preestablecidos.
4. Reducción del absentismo.
5. Acceso a nueva fuerza de trabajo desde diferentes lugares.
6. Eliminación de control horario.
7. Atracción y retención de talento.
8. Incremento de la conciencia ambiental con el uso de las TIC.
9. Apertura del mercado laboral para nuevos profesionales.
10. Potenciación de nuevas formas de negocio, como el *telemarketing*, tele compra, telemedicina o teleinformación.

Si analizamos esta relación, podemos destacar que, de estos diez elementos, muy pocos pueden favorecer a la Administración pública, a nuestro juicio. En concreto:

1. La reducción de infraestructuras es escasamente viable a corto o medio plazo en la Administración, y también la reducción de costes fijos. Las instalaciones quizá, a largo plazo, puedan reutilizarse o venderse, pero en general muchas Administraciones no podrán obtener grandes

ventajas de los puntos 1 y 2. No obstante, en 2022 el Estado sí ha considerado que puede reducir costes propios en su Acuerdo de mayo, si bien parece que trasladando tal coste a los empleados en su domicilio.

2. Los puntos 3 y 4 son dos de las grandes dificultades del sector público, caballo de batalla de las reformas legislativas, que no han obtenido gran repercusión.
3. El acceso de fuerza de trabajo desde diferentes lugares es incompatible, en gran medida, con el estatuto funcionarial y laboral, en que en todo caso el Real Decreto-ley 29/2020 requerirá que determinados días sean de trabajo presencial, si seguimos el ejemplo del Acuerdo del Estado de abril de 2020, que como máximo fija tres días a la semana de trabajo a distancia, criterio mantenido en 2022, para reducir costes. Por lo demás, acceder a fuerza de trabajo lejos de los centros de la Administración no es, en la gran mayoría de los supuestos, un objetivo que aporte un plus a la actividad de la Administración, salvo en ámbitos muy concretos.
4. La eliminación del control horario es especialmente relativa en la Administración, cuando precisamente el absentismo es uno de los males que sufren muchas entidades, por lo que es complejo, en términos generales, que esta eliminación sea un beneficio *per se* para la Administración.

   De hecho, no puede desecharse la realidad de que con el teletrabajo la Administración podría alcanzar un "control cuasi absoluto", que si posiblemente es factible en el ámbito privado –y con matices– se nos antoja complejo en el público, si bien es cierto que, con la actual tecnología, es fácil no solo rastrear, sino incluso controlar los datos masivos generados por el empleado público, "dejando a quien teletrabaja en situación de completa 'transparencia', no solo respecto a su labor, sino a su personalidad íntima" (Álvarez Cuesta, 2020: 188).
5. La atracción y retención de talento en la Administración gira en torno a ejes distintos al sector privado. No afirmamos que sean completamente diferentes, pero cierto es que el acceso a la Administración se basa en elementos distintos a los que pueden prevalecer en el acceso al empleo privado, y en cuanto a la retención, esta adolecerá en el futuro de los mismos problemas precisamente entre el personal más cualificado, que si acaso pasa al sector privado es por las mayores retribuciones o el mayor margen de carrera, y no por un trabajo a distancia en su domicilio. Este trabajo a distancia quizá favorezca a los niveles profesionales de los grupos inferiores, y quizá también al

trabajo femenino, lo cual no parece tampoco una opción acorde con los actuales tiempos.

6. Las ventajas en favor de nuevas formas de negocio son de compleja traslación a la Administración. Al contrario, los ejemplos mencionados por los documentos consultados no parecen los más necesarios, y precisamente algunas de las funciones que quizá sí podrían ser interesantes en muchas Administraciones han sido externalizadas, como los denominados *call centers* o teléfonos de atención al ciudadano, contribuyente, emergencias o asistencia médica.

Por el contrario, si se fijan en cuatro las principales desventajas (Consuelo Cuenca, 2020: 5-6) para la "empresa" privada, podemos observar que el modelo se traslada, aquí sí, a la Administración: riesgo de pérdida del sentido de cultura de la entidad, riesgo en el control de la calidad y dificultades de supervisión y control de la relación con la ciudadanía, la problemática aplicación de la normativa de riesgos laborales, y finalmente la inversión económica en TIC, que en este supuesto sí puede ser muy significativa, al partir muchísimas Administraciones de niveles muy inferiores al sector privado. Una exhaustiva relación puede localizarse en Santillán Marroquín (2020: 71-75), con muchas ventajas para trabajadores, empresarios y empresas, al igual que beneficios generales y también para la sociedad, así como un listado de desventajas tampoco nada menor.

En cuanto a las ventajas y desventajas de los empleados, estas pueden ser muy similares en el sector privado y en el público, aunque no son miméticas. En concreto, y entre otros, en el primer grupo, la mayor independencia personal, la reducción de gastos en desplazamientos, el manejo personal del tiempo de trabajo y el tiempo libre, la flexibilidad espacio-temporal, la reducción del estrés laboral, el mantenimiento de iguales derechos que los trabajadores presenciales, la conciliación familiar-laboral y la posibilidad de vivir en zonas rurales o aisladas.

En cambio, las desventajas pueden ser casi exactamente las mismas: reducción de la socialización y de la interacción con compañeros, sensación de pérdida de identidad con el sector público e interferencia en la vida laboral ante el desequilibrio de reparto de responsabilidades domésticas y familiares, desapego o desconexión con la vida sindical. Acaso uno de los elementos que se considera una desventaja para el trabajador privado no se traslada al público: la posible reducción en las normas de seguridad ocupacional.

En este último sentido, es cierto que, frente a los riesgos de deslocalización, contratos temporales, subcontratación, contratos mercantiles u otras formas de huida de la protección que otorga el derecho del trabajo, en el ámbito de la Administración, el requisito de la condición de funcionario o personal

laboral supone que la debilidad señalada para el sector privado sea muchísimo menor en el público, o cuando menos, muy mitigada.

A ello debemos añadir un elemento que quizá no es tan visible en el ámbito privado: las consecuencias negativas en la economía productiva de pequeños y medianos autónomos.

A nadie se le escapa que hay localidades o provincias en que una parte significativa de sus empleados son públicos. El caso de Madrid es significativo, pero también otras zonas del territorio español, en las capitales o grandes o medianas ciudades de la "España vaciada". Estos empleados generan unos gastos en los centros de las ciudades que pueden desaparecer. Los datos en EE. UU. destacan que, dado que muchos teletrabajadores son los mejor pagados, en el centro de muchas ciudades el descenso de gasto diario en bares, restaurantes y otros establecimientos puede ser del 50 por ciento, lo que puede suponer un declive a largo plazo del centro de estas ciudades.

Por ello, creemos que la aplicación de la Ley 10/2021 y del Real Decreto-ley 29/2020 debe basarse en elementos forzosamente distintos, pues el cuadro de ventajas y perjuicios para las dos partes es en gran medida diferente también. No se daría, así, *prima facie*, desde una perspectiva económica y laboral, que el teletrabajo es "una modalidad flexible" que "plantea resultados positivos para patronos y trabajadores" (Consuelo Cuenca, 2020: 6). Más bien, podemos deducir que la reducción de costes no se producirá, al contrario, en un primer momento, y que la necesidad de mantener las instalaciones abiertas al ciudadano, el trabajo presencial, aunque sea dos o tres días a la semana, y otras circunstancias propias del servicio público, sitúan a la gran mayoría de las Administraciones en un paradigma alejado del sector privado.

Ello nos lleva a las denominadas "barreras" de la implantación del art. 47 bis EBEP y de los reglamentos que lo desarrollen.

El listado es amplio y es fruto del escaso recorrido que con anterioridad a 2020 había tenido el teletrabajo en la Administración pública, pese a que estaba reconocido, incluso en sede judicial[35]. Las preguntas que se formulan por parte de algunos analistas inciden especialmente en el "cambio cultural" que requiere, y el art. 47 bis EBEP poco o nada aporta al respecto, de ahí que cualquier desarrollo, teniendo en cuenta el sector privado, deberá hacer frente a las dudas sobre la carrera profesional, los costes, el control de la Administración sobre el trabajo, la forma de interacción con los órganos directivos, los puestos que no puedan adaptarse al teletrabajo, la definición futura de los puestos en las RPT, entre otros elementos.

35. *Vid.* STSJ de Castilla-La Mancha 537/2017, de 29 de diciembre de 2018, FJ 4.º.

Otro elemento a tener en cuenta es lo que se ha denominado "el perfil de los empleados". Esta descripción ya se localizaba en documentos académicos de hace dos décadas y resaltaba que el teletrabajo se escindía en dos perfiles: el "teletrabajo no cualificado" y el "cualificado". Aunque Belzunegui Eraso (2001: 83) lo planteaba para el sector privado, lo cierto es que esta lógica puede trasladarse, en la tercera década del siglo XXI, al público, quebrando algunos principios que la Administración había superado.

Así, Belzunegui Eraso, a principios del presente siglo, señalaba que el teletrabajo no cualificado recaía en mujeres, en tareas rutinarias –como sería la atención telefónica–, los puestos de escasa remuneración, la introducción de trabajo por objetivos y la ausencia de sindicación. Por el contrario, en el trabajo cualificado, el predominio se daría en hombres, en tareas de programación, análisis, diseño, traducción, en los intervalos más elevados de remuneración, con horarios más flexibles, trabajo por objetivos con gran autonomía y una progresiva ausencia de sindicalización. La cuestión clave es si pasados veinte años la conclusión es la misma.

8
A modo de conclusión

Hay dos elementos fundamentales a tener en cuenta y que deben resaltarse en cualquier estudio. Es importante, previamente, valorar los resultados de los dos primeros años de teletrabajo bajo la pandemia.

Los datos parecen claros sobre que las grandes empresas implantaron el teletrabajo, a partir de marzo de 2020, en porcentajes que alcanzaron el 94 por ciento, que disminuyó a un nada despreciable 72 por ciento en las pequeñas y medianas empresas. Los cálculos *ad futurum* sitúan el teletrabajo en el 18 por ciento en las microempresas, y señalan la reubicación de los dos primeros tipos de empresas en cifras más bajas: el 50 por ciento en las grandes empresas y el 36 por ciento en las pymes. De hecho, en 2022, las cifras van claramente a la baja, en un retroceso muy significativo.

Por su parte, la Administración pública calcula que, tras la pandemia, el porcentaje de teletrabajadores públicos será de algo más de la mitad, el 55 por ciento, frente a algo más del 91 por ciento que se alcanzó entre marzo-diciembre de 2020, bajo el periodo más crítico de la pandemia[36].

36. Datos extraídos del Informe de Vodafone, un resumen del cual se puede localizar en *La Vanguardia* del 21 de abril de 2021.

En primer término, la normativa de 2020 fue fruto de la necesidad, y no de la reflexión previa a largo plazo. Los dos reales decretos leyes nacieron en el contexto de la pandemia del COVID-19, y la Ley 10/2021, en cierta medida, es un trámite parlamentario de uno de ellos, más que una norma novedosa. Posiblemente, nada de lo que pueda decirse sobre el futuro del trabajo a distancia y el teletrabajo en el mundo privado y público en la actualidad (2022-2023) se concretará en el futuro, o las derivadas serán muy diversas, por ciudades, regiones, áreas específicas e incluso países.

Las predicciones a medio y largo plazo acostumbran a errar casi siempre, y más aún en un mundo en que el cambio en el ámbito de las TIC es constante; además, la realidad de Barcelona y Madrid no será idéntica a la de las zonas de la "España vacía", ni la de España será idéntica a la de países que, por su extensión territorial, quizá opten mucho más por el teletrabajo, como Canadá o Australia. De hecho, compartimos el criterio de Cabrera Domínguez (2020: 32) cuando afirma que el teletrabajo obligatorio bajo la pandemia no ha sido "verdadero teletrabajo", sino una "adaptación forzada a una realidad que nos ha obligado a hacer lo mismo de siempre" (Boltaina y Fuentes, 2022).

Es difícil aventurar si habrá un cambio de paradigma o si finalmente, como en otras tantas experiencias, el tiempo resituará lo que para muchos era una realidad llegada a quedarse –un futuro de "teletrabajo", incluso en la Administración–; algunos autores norteamericanos consideran que el teletrabajo será una parte importante de la economía pos-COVID, pero planteando una reversión del teletrabajo creciente en torno a 2022/2023 –lo que ha así ha sido en la práctica en algunos ámbitos productivos españoles–, y alertando sobre los posibles inconvenientes, también en el ámbito económico: no todos los trabajadores serán candidatos al teletrabajo, y pervivirán la falta de instalaciones y condiciones para teletrabajar en el domicilio y el desequilibrio del teletrabajo en favor de los empleados con mayor formación y nivel, lo que llevará, posiblemente, a "la existencia de una bomba de tiempo de desigualdad" (Bloom, 2021).

En segundo lugar, sin duda el teletrabajo experimentará, tras la pandemia, una reubicación, pero es imposible determinar en qué porcentaje. Y aún más, creemos que los modelos privados no nos orientarán sobre lo que acontecerá en el sector público. Si bien la diferencia normativa entre la Ley 10/2021 y el art. 47 bis EBEP es constatable, posiblemente las normas que se aprueben en desarrollo del precepto del Estatuto Básico deberán rescribirse, como quizá también el desarrollo de los convenios colectivos del sector privado.

No nos parece que sea sostenible en el tiempo el art. 47 bis EBEP si las comunidades autónomas no llevan a cabo un desarrollo normativo. Son miles las entidades públicas –especialmente, las locales– que carecen de represen-

tantes de los trabajadores y funcionarios, y los acuerdos que se firmarán por entidades municipalistas y sindicatos tendrán grandes dificultades para aplicarse, por cuanto la diferencia de soporte informático y digitalización en los miles de municipios españoles es abismal entre unos y otros.

El Real Decreto-ley 28/2020 en primer término, y luego la actual Ley 10/2021, han llevado a cabo una regulación extensa, y parece que hay acuerdo en que es completa o, cuando menos, acertadamente amplia, frente al marco normativo reducido del art. 47 bis EBEP, que ha supuesto concluir que se trata de un régimen insuficiente, con ausencia de mayores garantías de las ya preexistentes antes de la vigencia de este precepto (Expósito Gázquez, 2021: 132). Y aunque la Ley 10/2021 puede ser desarrollada por convenio colectivo, el art. 47 *bis* EBEP deja prácticamente en blanco la hoja, que debe escribirse desde casi cero.

No negaremos, como corolario final, que frente al teletrabajo, y aún más en el sector público, se han expresado opiniones distintas y distantes, posiblemente porque su implantación en 2020 y 2021 fue forzosa y en un contexto, además, desagradable y profundamente incómodo, como era el de la pandemia. Cuestión distinta es ya en 2022 y posiblemente en los años venideros, si es que la situación sanitaria se normaliza.

En el futuro –un futuro que quizá ya es presente al término de redactar estas líneas a mediados de 2022– será difícil olvidar que, para muchos empleados públicos, el primer contacto con el teletrabajo aconteció en marzo de 2020 y fue bajo un estado de alarma que por segunda vez en la historia de la democracia española se aprobó, pero con una dimensión diametralmente opuesta a la del 3 de diciembre de 2010, en que el Gobierno lo declaró por un problema de seguridad aérea, cuando hubo una huelga fraudulenta por parte de los controladores aéreos.

Voces a favor son mayoritarias, y así lo recogen muchos documentos. Como afirma Almonacid Lamelas (2020): "nos guste o no, es innegable que la posibilidad de trabajar a distancia existe, es legal, es tecnológicamente viable, y sólo quedaría analizar si es mejor", a lo que responde afirmativamente.

Por contra, hemos mostrado también nuestro escepticismo entre otros autores, dada la evolución de los textos normativos aprobados desde marzo de 2020 que se han hecho públicos y que, en no pocas ocasiones, ponen la incidencia más en los derechos de los empleados que en los de los ciudadanos[37]. Prueba de ello es la encuesta llevada a cabo por Molina *et al.* (2021: 65), en donde se demuestra que durante el confinamiento el teletrabajo fue un campo libre al descontrol: algo más del 25 por ciento de los trabajadores

37. *Vid.* Boltaina Bosch (2020a). También en Cabrera Domínguez (2020).

decían ser objeto de algún tipo de control de su productividad, solo el 6 por ciento realizaban un registro horario –pese a su obligatoriedad– y el 15 por ciento afirmaban no rendir cuentas de ningún tipo. Solo las evaluaciones de resultados y objetivos parecieron ser los elementos fundamentales para seguir un control del desempeño laboral.

Por ello, nos parece razonable entender, siguiendo precisamente el esquema que formula Roqueta Buj (2022), que la Administración pública debe incidir en algunos elementos para corregir los problemas y dificultades que el teletrabajo ha comportado en el sector público, quizá por una cierta indolencia o bien por la dificultad de su negociación y, en último extremo, la dificultad también de imponer criterios que son rechazados por las organizaciones sindicales o los mismos empleados.

En concreto, consideramos que las normas o reglamentos que regulen el teletrabajo deben asumir y trasladar a los empleados públicos, a los puestos de jefatura y a los directivos las siguientes consideraciones:

a) que se trata de un trabajo condicionado a las necesidades del servicio y no a la unilateral opinión de cada afectado;
b) que el modelo hibrido o mixto es imprescindible, pero también que determinados puestos –muchos o pocos– nunca podrán acceder al teletrabajo porque el servicio público requiere la presencialidad;
c) que la autorización final del teletrabajo corresponde a la Administración y no a comisiones paritarias en las que haya participación sindical;
d) la voluntariedad del teletrabajo y su reversibilidad por ambas partes, salvo supuestos excepcionalmente justificados;
e) que siempre y en todo caso el teletrabajo debe contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento; y
f) que deberán respetarse los derechos individuales y colectivos de los trabajadores cuando teletrabajen, pero también deberá exigirse el cumplimiento de deberes.

En todo caso, sea cual sea la opinión inicial que pueda tenerse, deberá pasar un tiempo significativo para conocer si el resultado aplicativo en el sector privado y público será parejo o irán progresivamente distanciándose, y, sobre todo, si los servicios públicos aumentarán o mantendrán su calidad, o acontecerá un debilitamiento al prevalecer los derechos sobre la organización de estos servicios. Tal como afirmó Jiménez Asensio (2021: 27), de la articulación de las tres piezas del modelo (organización, regulación normativa y gestión) "dependerá el éxito o fracaso del empeño, y, en consecuencia, que el teletrabajo en la Administración tenga larga vida

o existencia efímera o adjetiva", pudiendo ser una salida al paso, una nueva gratificación indirecta para los empleados públicos, una pérdida de derechos de los ciudadanos o un equilibrio entre todo ello. Lo cierto es que, al cierre de la redacción de este documento, los autores observan unas tendencias en donde no siempre el servicio público prevalece y se detectan también pérdidas en la calidad de la prestación del servicio presencial, siguiendo la frase de la profesora Ayala del Pino (2022), en el sentido de que el "trabajo a distancia no es la panacea", especialmente para la ciudadanía que se relaciona con Hacienda, la Seguridad Social, su ayuntamiento, la Administración del Estado, su comunidad autónoma u otras entidades públicas.

9
Bibliografía

Almonacid Lamelas, V. (2020). El teletrabajo en la Administración: horas eficientes versus horas de sillón. *COSITAL Cáceres*, 27-1-2020. Disponible en: https://www.cositcaceres.org/el-teletrabajo-en-la-administracion-horas-eficientes-versus-horas-de-sillon.

Álvarez Cuesta, H. (2020). Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia. *Lan Harremanak*, 43, 175-201.

Álvarez Ruiz, A. (2012). La introducción del teletrabajo en la Administración General del Estado. *Sociología del Trabajo*, nueva época, 75, 73-92.

Aparisi, M.ª C. (2016). Los Consorcios locales tras la LRSAL y la determinación de sus regímenes financiero y contable. *ElDerecho.com*, 28-11-2016. Disponible en: https://elderecho.com/los-consorcios-locales-tras-la-lrsal-y-la-determinacion-de-sus-regimenes-financiero-y-contable.

Atienza Macías, E. y Rodríguez Ayuso, J. F. (2021). Prólogo. En E. Atienza Macías y J. F. Rodríguez Ayuso (dirs.). *El nuevo marco legal del teletrabajo en España*. Barcelona: Bosch-Wolters Kluwer.

Ayala del Pino, C. (2022). La nueva regulación del trabajo a distancia no es la panacea. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, LV, 115-140.

Bejerano, P. G. (2021). Las deficiencias en telemedicina en la sanidad pública que ha destapado la pandemia. *El País*, 9-3-2021. Disponible en: https://elpais.com/tecnologia/2021-03-08/las-deficiencias-en-telemedicina-en-la-sanidad-publica-que-ha-destapado-la-pandemia.html.

Belzunegui Eraso, Á. (2001). El teletreball, una nova lògica organitzativa? *Revista Catalana de Sociologia*, 15, 69-86.

Bloom, N. A. (2021). Cómo el teletrabajo cambiará el centro de las ciudades (y sus ascensores). *La Vanguardia*, 6-5-2021. Disponible en: https://www.lavanguardia.com/internacional/vanguardia-dossier/revista/20210506/7310742/como-teletrabajo-cambiara-centro-ciudades-ascensores.html.

Boltaina Bosch, X. (2020a). Zonas oscuras del teletrabajo en la Administración local: ¿por qué no funciona y qué debemos mejorar? *El Consultor de los Ayuntamientos*, especial diciembre 2020, 37-55.

— (2020b): Función Pública Local, riesgos laborales y Covid-19: una regulación para lo imprevisto. *La Administración Práctica: enciclopedia de administración municipal*, 6, 101-112.

Boltaina i Bosch, X. y Fuentes i Gasó, J. R. (2022). La regulación del teletrabajo para el personal de las Administraciones públicas (Real Decreto-ley 28/2020): elementos comunes, singulares y ausentes en relación a la regulación del teletrabajo para los trabajadores del sector privado (Real Decreto-ley 29/2020). En Á. Belzunegui-Eraso, A. Erro-Garcés, J. R. M. Fuentes-Gasó, I. Pastor-Gosálbez y A. Romero Burillo. *El teletrabajo en las Administraciones Públicas. Presente y claves para el futuro* (pp. 303-333). Madrid: INAP.

Borràs Català, V. y Moreno Colom, S. (2021). La crisis de la covid-19 y su impacto en los trabajos: ¿Una oportunidad perdida? *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 7, 187-209.

Cabrera Domínguez, J. M.ª (2020). El año que tele(trabajamos) peligrosamente. Debilidades y fortalezas del teletrabajo desde la experiencia en dos entidades locales. *El Consultor de los Ayuntamientos*, especial diciembre 2020, 30-36.

CCOO. (2020). *Orientacions per a la regulació del teletreball en la negociació col·lectiva*. Disponible en: https://www.ccoo.cat/pdf_documents/2020/guia_teletreball_negociacio_collectiva.pdf.

Consuelo Cuenca, M.ª del C. (2020). Contextualización del teletrabajo. *Grupo de Psicología del Trabajo. Colegio Oficial de Psicología de Castilla y León*, 15-4-2020. Disponible en: https://www.copcyl.es/wp-content/uploads/2020/04/15-04-2020-articulo-teletrabajo-Consuelo.pdf.

Expósito Gázquez, A. (2021). El marco normativo del teletrabajo en el empleo público. *REALA*, 16, 118-133.

– (2022). Los derechos digitales del personal empleado público: ¿realidad plausible o utopía imposible? *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 22, 156-169.

Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO. (2020). *El teletrabajo: perspectiva sindical de FSC-CCOO*. Madrid: Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO. Disponible en: https://fsc.ccoo.es/b55170264054b2c6630f76ad86d7376a000050.pdf.

Jiménez Asensio, R. (2021). El marco regulador del teletrabajo en la Administración pública y en las entidades de su sector público. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 4, 18-39.

Martín Castaño, R. (2020). Teledirección. Trabajo a distancia de las personas directivas. *El Consultor de los Ayuntamientos*, especial diciembre 2020, 78-90.

Molina Romo, O., Godino Pons, A. y Molina Serrano, A. (2021). El control del teletrabajo en tiempos de Covid-19. *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 7, 57-70.

Moll Noguera, R. (2022). El teletrabajo en la Administración pública. Un análisis crítico de la regulación en la Administración General del Estado. *Temas Laborales*, 162, 183-216.

Moro Cordero, M. A. (2021). Seguridad y protección de datos (también) en el teletrabajo. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 4, 76-91.

Pastor Martínez, A. (2021). Trabajo a distancia y derechos colectivos en el Real Decreto-ley 28/2020 de trabajo a distancia. *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 7, 101-121.

Phillips, A. (2022). ¿Procrastinas? Es culpa del teletrabajo. *La Vanguardia*, 2-7-2022. Disponible en: http://hemeroteca.lavanguardia.com/preview/2022/07/02/pagina-24/453916169/pdf.html?search=procrastinas.

Roqueta Buj, R. (2022). *Derecho del empleo público*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Segura, P. (2022). El teletrabajo dispara el riesgo de sufrir un ciberataque en España. *El País*, 28-5-2022. Disponible en: https://elpais.com/espana/2022-05-28/el-teletrabajo-dispara-el-riesgo-de-sufrir-un-ciberataque-en-espana.html.

Santillán Marroquín, W. (2020). El teletrabajo en el COVID-19. *CienciAmérica*, 9 (2), 65-76.

Villalba Sánchez, A. (2017). El teletrabajo en las Administraciones públicas. *Lan Harremanak*, 36, 216-246.

QD 60

PONENCIAS, CRÓNICAS Y NOTAS

Encargos de gestión versus encomiendas de gestión

Carmen Alonso Higuera
Secretaria general del Ayuntamiento de Cornellà de Llobregat

1. Introducción
2. Las encomiendas de gestión en la legislación de régimen jurídico
2.1. Las encomiendas de gestión en la LRJPAC
2.2. Novedades incorporadas en la encomienda de gestión por la LRJSP
3. Los encargos a medios propios en la legislación de contratos del sector público
3.1. Precedentes legislativos y evolución jurisprudencial
3.1.1. Requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJCE
3.1.2. Novedades introducidas por la sentencia de 19 de abril de 2007 (asunto TRAGSA)
3.2. Las previsiones del TRLCSP y su origen
3.3. Las previsiones de las directivas comunitarias
3.4. Regulación actual de los encargos a medios propios en la LCSP
3.4.1. Ejecución directa de prestaciones por la Administración con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados
3.4.2. Encargos a medios propios personificados
4. Bibliografía

1 Introducción

Además de las formas directas e indirectas de gestión de los servicios públicos locales, de la asistencia técnica de las Administraciones supramunicipales y del eventual uso de las técnicas de delegación intersubjetiva, los municipios también pueden hacer efectiva la eficaz prestación de los servicios y demás actividades de su competencia mediante la utilización de técnicas o instrumentos jurídicos que, como la encomienda de gestión o los encargos a medios propios, implican la transferencia de determinadas funciones, aunque no la

de la titularidad de la competencia o el servicio –cooperación vertical–, o, también, mediante formas asociativas de gestión compartida con otros entes locales o Administraciones, a través de fórmulas colaborativas que pueden dar lugar a la creación de nuevas personas jurídicas dotadas de personalidad jurídica propia y patrimonio independiente, cuando lo que se pretenda sea prestar el servicio conjunta y descentralizadamente de forma estable, de entre las cuales son típicas en nuestro derecho local las mancomunidades de municipios y los consorcios –cooperación horizontal–.

Cuando obedezca a razones o finalidades más coyunturales o se refiera solo a aspectos parciales del servicio, esta actividad conjunta se puede instrumentar, también, en régimen de cooperación horizontal, mediante simples convenios interadministrativos de cooperación o colaboración, en los que, sin dar lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica, se regulen los mecanismos necesarios para facilitar la cooperación consensuada entre varios municipios o entre estos y otros niveles de Administración en la prestación de servicios que sean de interés común, lo que no deja de ser un claro reflejo de la aplicación práctica de los principios de eficacia y coordinación que el artículo 103 de la CE impone a todas las Administraciones públicas.

La jurisprudencia ha considerado posible, incluso, la utilización conjunta de diversas técnicas, cooperación horizontal y vertical[1], en la satisfacción del mismo fin público, admitiendo la posibilidad de hacer encargos a medios propios de forma sucesiva a una previa cooperación horizontal –integración del ayuntamiento en un consorcio y posterior encargo de gestión a una sociedad que tiene la consideración de medio propio de este consorcio–, siempre que para ello se cumplan las exigencias de cooperación horizontal entre el ayuntamiento y el consorcio exigidas por el artículo 12.4 de la Directiva de Contratos, y las exigencias de cooperación vertical entre el consorcio y la sociedad que exige su artículo 12.1.

Al igual que sucedía con el concepto de convenio de colaboración, el de encomienda de gestión ha sido siempre objeto de importantes discusiones doctrinales en nuestro derecho, ya que la regulación contenida en su momento en la LRJPAC de esta figura adolecía de falta de precisión y carecía de una

1. La STSJ de Cataluña 21.9.2020, JUR 315312, haciéndose eco de la STSJ de Aragón de 4 de marzo de 2020 –rec. 194/2017–, considera que para que nos encontremos ante una auténtica cooperación horizontal, se han de dar las exigencias contempladas en el artículo 12.4 de la Directiva de Contratos, negando la concurrencia de estos requisitos en una relación ayuntamientos-consorcio, por considerar que no se daba la exigencia de interés común en la finalidad a perseguir por el consorcio, por cuanto mientras para unos ayuntamientos el fin era la prestación asociada de un servicio de abastecimiento de agua, para otros ayuntamientos, que ya lo prestaban de forma directa a través de sus propias empresas municipales de capital íntegramente público, el único interés que se podía identificar era de mercado.

adecuada delimitación respecto de otras figuras afines que estaban reguladas por la legislación contractual, como los actualmente denominados encargos a medios propios, a lo que sin duda contribuía que la legislación de contratos de aquel momento les diera prácticamente la misma denominación que la utilizada por la legislación de régimen jurídico, refiriéndose a este tipo de negocios jurídicos, también, como encomiendas de gestión.

Esta situación, fue denunciada durante muchos años por la doctrina más autorizada, hasta que en un informe del año 2010[2] el Tribunal de Cuentas puso de manifiesto la necesidad de definir cuidadosamente los supuestos en los que las relaciones entre Administraciones se podían canalizar mediante encomiendas de gestión o encargos a medios propios, y lo elevó a las Cortes en demanda de la adopción de medidas que velaran por la correcta gestión de los fondos públicos, realizando para ello una serie de propuestas concretas, que dieron posteriormente lugar a la aprobación de la Resolución de 18 de diciembre de 2012 de la Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas, en la que se instaba al Gobierno central a realizar esta labor, que posteriormente se materializó en la LRJSP.

Pero no solo fue el Tribunal de Cuentas el que abordó esta cuestión, sino que también el Consejo de Estado se había hecho eco de los problemas que se podían derivar de esta indefinición cuando, al dictaminar el anteproyecto de ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno[3], recomendó, y así se recogió en la letra b) del artículo 6 del texto finalmente aprobado, que se incluyera una previsión sobre la necesidad de hacer pública la información relativa a las encomiendas de gestión y, muy singularmente, la relativa a su presupuesto, objeto, obligaciones económicas, tarifas de acuerdo con las cuales se establezcan tales obligaciones y la realización, en su caso, de subcontrataciones, con indicación de los adjudicatarios, del procedimiento en virtud del cual deban tener lugar y de los importes de adjudicación.

Y el Consejo de Estado recomendaba en su informe esta regulación, por considerar lo siguiente:

> "Una parte relevante de los servicios que pueden ser prestados a las entidades del sector público pueden canalizarse a través de entidades que tengan la condición de medio propio y servicio técnico de las mismas, acudiendo a la figura de la encomienda de gestión (artículos 4.1.n) y 24 del TRLCSP), sin que sea infrecuente que tales entidades subcontraten, a su vez, todo o parte de las prestaciones que las corresponde ejecutar con terceras persona, ajenas al sector público; de este modo, en ocasiones

2. Dictamen núm. 878/2010, de 30 de noviembre.
3. Dictamen núm. 707/2012, de 19 de julio.

puede llegar a soslayarse el cumplimiento de algunas de las exigencias que en materia de publicidad impone el Ordenamiento jurídico a los entes integrantes del sector público o, al menos, atemperarse el rigor con que en otras circunstancias tales obligaciones deben ser atendidas".

Ello era debido al hecho de que mientras las encomiendas interorgánicas sujetas al régimen jurídico de la entonces vigente LRJPAC tenían que ser objeto de publicidad, las interadministrativas y las realizadas a medios propios que regulaba la legislación contractual no estaban expresamente sometidas a este requisito de publicidad.

Señalado lo anterior a manera de introducción necesaria, realizaremos a continuación un análisis particularizado de la regulación de las encomiendas de gestión en la legislación de régimen jurídico y de la regulación de los encargos a medios propios en la legislación contractual.

2
Las encomiendas de gestión en la legislación de régimen jurídico

2.1
Las encomiendas de gestión en la LRJPAC

La encomienda de gestión es una técnica por la que se transfieren por el órgano competente determinadas funciones relacionadas con el ejercicio de la competencia, manteniendo, en cambio, su titularidad y la responsabilidad derivada de la misma.

Esta técnica tuvo su origen en el artículo 5 de la Ley del Proceso Autonómico, que la contempló como forma de gestión de servicios autonómicos por parte de las diputaciones provinciales por mandato de las comunidades autónomas y que, posteriormente, se recogió en los artículos 8 y 37.1 de la LRBRL, al prever que las comunidades autónomas podían encomendar a las diputaciones provinciales la gestión ordinaria de alguno de sus servicios, pero con sometimiento de estas últimas a las instrucciones que a estos efectos pudieran dictar las primeras.

Más tarde, fue la LRJPAC la norma que generalizó la utilización de esta técnica para todas las Administraciones públicas, al regularla con carácter general en su artículo 15, como técnica en virtud de la cual los órganos administrativos o las entidades de derecho público podían encomendar a otros órganos o entidades, de la misma o distinta Administración, la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios, por razones de eficacia o cuando no se poseyeran los medios técnicos idóneos para su desempeño,

sin que ello supusiera, como señalaba expresamente el propio precepto, ni la transferencia de la titularidad de la competencia, ni tan siquiera la de los elementos sustantivos de su ejercicio, o, lo que es lo mismo, ni la decisión sobre la competencia, ni la responsabilidad de tal decisión, y este era el motivo por el que correspondía al órgano encomendante la responsabilidad de dictar los actos administrativos productores de efectos jurídicos derivados de la actividad material concreta objeto de encomienda, aunque no los de mero trámite[4].

Se trataba, por tanto, de una forma de mandato o encargo jurídico-público efectuado por una Administración para que otra diferente gestionase servicios de su titularidad, en su nombre y bajo su responsabilidad, con sujeción a tutela orgánica, pues, a diferencia de la delegación, en la que el ente delegado ostenta la capacidad de autoorganización del servicio y actúa en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad, sujeto solo a la tutela legal y material del órgano delegante, que mantiene la capacidad de dirigir y controlar el servicio delegado, en la encomienda de gestión, por el contrario, la Administración encomendada actúa como órgano de la encomendante, sujeta a su tutela orgánica, a sus instrucciones generales y particulares y sin capacidad de autoorganización.

Nos encontrábamos, en consecuencia, ante una Administración que se colocaba en una situación de inferioridad respecto de la Administración encomendante, que, como previó en su momento el artículo 6 de la Ley del Proceso Autonómico, puede fijar, respecto del servicio encomendado, módulos de funcionamiento y financiación y determinados niveles de rendimiento.

En la LRJPAC la encomienda de gestión se posibilitaba tanto entre órganos y entidades de la misma Administración, como entre órganos y entidades de una Administración diferente, exigiéndose, en este último caso, la conformidad de ambas partes formalizada mediante la suscripción de un convenio, pero lo cierto es que también en el caso de encomiendas entre órganos administrativos o entidades de la misma Administración se requería una mínima formalidad, al resultar necesaria su formalización por escrito, como presupuesto previo necesario para después poder cumplir el requisito de publicación en el diario oficial correspondiente que exigía la LRJPAC, con la particularidad de que, en este caso, a diferencia de lo que sucede con la delegación entre órganos locales, la publicación se constituía como un requisito determinante de su eficacia a causa de lo que preveía el artículo 15.3 de la LRJPAC.

La LRJPAC contenía, además, una habilitación expresa, de carácter normativo, para que cada Administración y, por tanto, también la local, pudiera

4. STS de 8 de octubre de 2013, RJ 5847.

regular los requisitos necesarios para la validez de estos acuerdos, con los únicos límites que se derivaban de las determinaciones mínimas de la propia Ley, entre ellas, la necesidad de incluir, como mínimo, la obligación de que los acuerdos de encomienda incluyeran la mención expresa de la actividad o actividades a las que afectaba, su plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la actividad encomendada.

Cómo señaló en su momento Luis Ortega[5], "la encomienda de gestión supone una forma de gestión directa de actividades instrumentales al margen del recurso a la fórmula contractual". En otras palabras, lo que encargado al sector privado constituiría un contrato administrativo, encargado a órganos o entidades de las Administraciones públicas constituye, siendo lo mismo, una encomienda de gestión. Precisamente por eso el legislador no consideró viable la utilización de esta técnica respecto de personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, a las que remitió a la vía contractual, aunque con un grado importante de imprecisión, puesto que indujo a confusión cuando a continuación indicó que no se podían encomendar a personas o entidades sujetas al derecho privado actividades que, según la legislación vigente, tuvieran que realizarse con sujeción al derecho administrativo.

Para Luis Ortega, el artículo 15.5 de la LRJPAC había que interpretarlo en el sentido de que lo que este precepto impedía era la utilización de esta encomienda de gestión respecto de personas físicas o jurídicas sometidas al derecho privado, mientras que su último inciso había que entenderlo referido a otros tipos posibles de encomienda de gestión que pudiera regular la legislación sectorial en relación con otras actividades y bajo otro régimen jurídico diferente, respecto de los que el legislador estatal lo único que establecía era una norma básica de obligado cumplimiento por los legisladores sectoriales, consistente en imponer la prohibición de encomendar a este tipo de personas actividades sometidas al derecho administrativo, con el objeto de evitar un uso desviado de estas técnicas que tuviera como único objetivo evadir el derecho administrativo cuando se tratara de una actividad esencialmente pública.

Esta prohibición era de fundamental importancia en el ámbito local, respecto de las sociedades privadas municipales o sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal, en la medida en que, en cuanto personas de derecho privado, estarían incluidas dentro del ámbito de la prohibición a la que anteriormente nos hemos referido.

No opinaba así una parte importante de la doctrina[6], en particular, Fernando Garrido Falla y Elisenda Malaret García. Para el primero, el encargo

5. Leguina y Sánchez (1993: 76-78).
6. Garrido y Fernández (1993: 87); Malaret García (1992: 84, 117).

de gestión de actividades y servicios a entes instrumentales de la Administración sujetos a derecho privado era una práctica jurídica habitual, que es la que da sentido al ente instrumental, por lo que no consideraba aplicable tal prohibición a este tipo de sociedades públicas y entendía que estaba dirigida a las personas físicas y empresas mercantiles de titularidad privada. Para la profesora Malaret, por su parte, la prohibición que contenía el artículo 15.5 de la LRJPAC tampoco era predicable respecto de las empresas de capital íntegramente público, pues para la aplicación de la legislación de contratos hacía falta que el sujeto de derecho privado en cuestión fuera un tercero, y ello por considerar que todo el arsenal de prerrogativas públicas se convertía en innecesario cuando el capital era íntegramente público y la Administración podía, mediante su posición de *dominium*, determinar el comportamiento de la sociedad, sin que en estos casos fuera necesario el *imperium.*

No obstante, en mi opinión[7] todavía hacía falta distinguir el tipo de empresa pública a la que se dirigía la encomienda, por considerar que no era lo mismo cuando se trataba de una empresa pública para la gestión directa de un servicio público, que cuando se trataba de una empresa pública constituida como instrumento para el ejercicio de actividades económicas en el mercado.

En el caso de las sociedades de servicio público no existe una auténtica encomienda de gestión, ya que la propia empresa municipal constituye una forma de gestión directa a la que nada se encomienda. Simplemente se crea como instrumento para gestionar, de forma directa y descentralizada, un servicio público concreto que constituye su objeto social, fuera de lo cual, nada más se le puede encomendar, si no va esta encomienda precedida de una ampliación del mismo, a fin de dar cabida a la gestión de nuevos servicios públicos previamente establecidos por el ayuntamiento, cuando se hubiera optado por esta forma de gestión. En estos supuestos, además, el ente instrumental gestiona un servicio público globalmente considerado y no meras actividades materiales, técnicas o de servicio, concepto este que no hay que confundir con el de servicio público, pues aquellas no son más que facetas parciales de una actividad municipal concreta.

Por el contrario, cuando se trataba de empresas públicas de capital íntegramente municipal constituidas para el ejercicio, en régimen de libre concurrencia, de actividades puramente económicas, estas empresas, además de constituirse para un fin determinado y no para el que eventualmente decidiera encargarles el ayuntamiento por la vía de la encomienda de gestión, sin seguir para ello el procedimiento legalmente establecido para el ejercicio de la iniciativa en la realización de actividades económicas, tenían que actuar

7. Alonso Higuera (2002: 559).

en el mercado desprovistas de potestades administrativas y en igualdad de condiciones que las restantes empresas privadas. Por tanto, en la medida en que concertara con la Administración matriz una determinada actividad, salvo que constituyera la actividad económica para la que fue creada, se tenía que hacer por la vía contractual y solo cuando tal actividad formara parte de su objeto social, por lo que, dada su naturaleza y finalidad, no se le podían encomendar otras actividades que, como la contratación de obras públicas o la gestión de servicios públicos, se tenían que realizar con sujeción al derecho administrativo.

Este era el estado de la cuestión en el año 2002 con la legislación entonces vigente que, como vemos, planteaba serios interrogantes respecto de la posibilidad de que esta técnica se utilizara con personas sujetas al derecho privado, incluso cuando fueran íntegramente públicas, en particular cuando de sociedades para el ejercicio de actividades económicas se trataba, pues el TRLCAP del año 2000 no se ocupó de esta cuestión hasta que con la reforma operada en virtud del Real Decreto Legislativo 5/2005, de 11 de marzo, se puso fin a las dudas que el artículo 15 de la LRJPAC suscitaba sobre la utilización de esta figura cuando de personas sujetas al derecho privado se trataba. En consecuencia, a partir de ese momento, el régimen jurídico de las encomiendas de gestión reguladas en el artículo 15 de la LRJPAC tan solo resultaba aplicable a las Administraciones o a sus entes instrumentales sujetos a derecho público, como de forma tajante declaró posteriormente la jurisprudencia[8].

No obstante, dicha reforma tampoco acabó con las dudas que suscitaba esta institución, pues generó otra importante discusión, sobre si la encomienda de gestión que regulaba la LRJPAC y la que regulaba la legislación de contratos eran la misma figura o técnica jurídica[9] o, como entendió entonces el Tribunal Supremo, se trataba de una modalidad de la misma figura que tenía un régimen jurídico distinto.

También se suscitó la duda de si cuando la encomienda se realizaba al amparo de la LRJPAC con entes de otras Administraciones públicas sujetos al derecho público, su objeto podía ser coincidente con el de un contrato, cues-

8. La STS 1.7.2015, RJ 3895, declara que en caso de personas o entes sujetos a derecho privado, como las fundaciones, la LRJPAC excluye esta transferencia competencial del régimen general de la encomienda, porque considera que la relación es contractual y la remite a la legislación de contratos.

9. En la sentencia anteriormente anotada y en otras anteriores como la STS 9.12.2013, RJ 8174, el Tribunal Supremo entendió que la legislación contractual regulaba una modalidad de encomienda específica, llamada contratación doméstica, que suponía una excepción del régimen general de la contratación pública, en especial en cuanto al principio de concurrencia.

tión en relación con la cual se pronunció la Abogacía del Estado[10] en el sentido de considerar que si bien inicialmente existía esta posibilidad, puesto que la legislación contractual no había regulado aún la figura de los encargos a medios propios o contratos *in house providing*, después, una vez que lo hizo, ya no era posible, pues la diferencia básica entre una y otra figura consistía precisamente en que mientras la encomienda de gestión de la LRJPAC resultaba aplicable a actividades o actuaciones ajenas a la legislación de contratos públicos, las reguladas en la legislación de contratos quedaban limitadas a la realización de prestaciones de contenido materialmente contractual, propias de los contratos de obras, suministros y servicios, y este era el motivo por el que tampoco consideraba aplicable a estas últimas el deber de publicación y, en general, las formalidades reguladas por el artículo 15 de la LRJPAC.

En este estado de confusión, la legislación propia de alguna comunidad autónoma[11], como sucedió en Cataluña, ayudó notablemente a avanzar en la distinción de estas dos técnicas, al establecer, respecto de lo que ya denominaba encargos de gestión, las siguientes precisiones:

a) Que los encargos de gestión solo podían recaer en organismos o entidades públicas, declarando, paralelamente y de forma expresa, que cuando el encargo de gestión tuviera por objeto el propio de un contrato incluido en el ámbito de aplicación de la legislación contractual, no le resultaría aplicable el régimen jurídico contenido en el mencionado precepto.
b) Que de acuerdo con la legislación contractual, estos tipos de encargo solo podían hacerse a favor de organismos o entidades públicas que tuvieran la condición de medio propio de la Administración, organismo o entidad pública que los realiza.
c) Que la capacidad de cada Administración de regular sus encargos mediante reglamento se limitaba a los requisitos de formalización de los acuerdos.
d) Que los convenios mediante los que se formalizasen encargos de gestión tenían que contemplar, como mínimo, el alcance y contenido de la actividad encomendada, las razones que justifican el encargo, la fórmula de financiación de la actividad encargada, con indicación de los correspondientes créditos presupuestarios que se transfieren, las relaciones y las actuaciones a realizar para el seguimiento y control del encargo y el plazo de vigencia del convenio.

10. Circular 6/2009.
11. Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas de Cataluña.

e) Que el órgano, organismo o entidad pública que recibía el encargo podía gestionarlo directamente o por los medios previstos en la legislación pública de contratos y, en su caso, en la normativa de régimen local.

De este modo se clarificaron en Cataluña aspectos tales como la separación existente entre dos figuras jurídicas absolutamente diferentes –la encomienda de gestión prevista por la LRJPAC y la regulada en aquel momento por la legislación contractual–, lo que dio lugar a que una parte de la doctrina[12] considerara que se trataba de figuras que respondían a un mismo supraconcepto, con claros elementos comunes, pero con regímenes jurídicos diferentes.

2.2
Novedades incorporadas en la encomienda de gestión por la LRJSP

En este estado de cosas, la promulgación de la LRJSP vino a aclarar algunos aspectos más, al incorporar las novedades siguientes:

- Redujo su objeto a actividades de carácter material o técnico, suprimiendo las de servicios y perfilando de esta manera un objeto más limitado, menos ambiguo y claramente indicador de actividades parciales.
- Suprimió toda referencia a previsiones como las contenidas anteriormente en el apartado 5 del artículo 15 de la LRJPAC[13] que tantas dudas había generado, y precisó en el primero de sus apartados, como ya había hecho la legislación catalana, que la encomienda tan solo era posible a favor de entidades de derecho público.
- Neutralizó toda posibilidad de que las encomiendas que regula tuvieran por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación contractual.
- Exigió que los órganos que recibieran la encomienda tuvieran atribuidas estas actividades entre sus competencias.
- Atribuyó al órgano encomendado la condición de encargado del tratamiento de los datos de carácter personal a los que pudiera tener acceso por razón del encargo, resolviendo así las dudas que se suscitaban al respecto, al no transferirse con la encomienda ni la titularidad de la competencia ni la de los elementos sustantivos de su ejercicio.

12. Vilalta Reixach (2012: 86).
13. En este apartado la LRJPAC excluía el régimen de aplicación de la encomienda a favor de personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, a las que remitía a la legislación contractual, en particular respecto de actividades sujetas al derecho administrativo, sin distinguir entre las que formaran parte del sector público y las que no.

– Unificó el sistema de publicación, al imponer la obligación de publicar los convenios en los que se formalizaran los encargos entre órganos y entidades de derecho público de Administraciones diferentes, lo que ya era obligatorio para los que tenían lugar entre órganos y entidades de derecho público de la misma Administración.

Estas previsiones, acompañadas de la regulación que en su artículo 86 realiza la LRJSP respecto de los medios propios y los servicios técnicos de la Administración del Estado, a pesar de no resultar en principio aplicable esta última al ámbito local, sirven para aclarar de una vez por todas, en la línea iniciada seis años antes por la legislación catalana, los diferentes supuestos en los que se aplica esta Ley respecto de aquellos otros en los que resulta aplicable la legislación de contratos, ya que una y otra figura jurídica, aunque siguieron compartiendo unos años más la misma denominación y tenían elementos comunes, disfrutan de regímenes jurídicos diferentes que, en consecuencia, daban lugar a dos figuras jurídicas distintas.

En el primer caso obedecen a una necesidad derivada de la carencia de medios técnicos idóneos para desarrollar una actividad que no es usual o, también, a razones de eficacia, aspectos ambos que tienen que quedar debidamente justificados y motivados en el expediente que sirva de cobertura para la toma de la decisión y, en consecuencia, ante un instrumento que nos permite, sin renunciar a la competencia ni transferir su ejercicio, bien superar insuficiencias de medios materiales o técnicos del órgano titular de la misma, bien lograr mayores niveles de eficiencia en su ejercicio.

En el segundo caso, por el contrario, cuando el TRLCSP excluía entonces de su ámbito de aplicación las encomiendas de gestión en sus artículos 4.n) y 24.6, se estaba refiriendo a supuestos claramente contractuales, concretamente de autocontratación, de aquí que en terminología comunitaria fueran conocidas como contratos *in house* o contratos domésticos que, a diferencia de la figura regulada por la legislación de régimen jurídico, constituyen negocios jurídicos de naturaleza ordinaria y no excepcional que, también a diferencia de los anteriores, no tienen limitado su objeto y pueden contemplar todo tipo de prestaciones, y a los que, en consecuencia, no resultan de aplicación las formalidades y el régimen jurídico contemplados en la LRJSP.

En la LCSP actual, como veremos más adelante, esta distinción se acentúa aún más, ya que, en su artículo 6.2 y 3, se excluyen de su ámbito de aplicación las encomiendas de gestión reguladas en la legislación de régimen jurídico del sector público, no, en cambio, los encargos que los poderes adjudicadores pueden realizar en determinados supuestos a medios propios personificados a los que se refiere su artículo 32.

3
Los encargos a medios propios en la legislación de contratos del sector público

Si esta fue la evolución que se produjo en la legislación de régimen jurídico para llegar a la regulación actual de la figura de la encomienda de gestión, similar camino ha recorrido la legislación contractual para llegar a la regulación de lo que la LCSP actual denomina encargos a medios propios, apartándose así de su precedente inmediato, el TRLCAP, que seguía refiriéndose a encomiendas de gestión, a pesar de la confusión que esta denominación producía, por su coincidencia nominativa con la figura que regulaba la legislación de régimen jurídico.

3.1
Precedentes legislativos y evolución jurisprudencial

Esta figura, hoy denominada encargo de gestión por la LCSP, no siempre había sido objeto de atención por parte de la legislación pública de contratos, pues la Ley de 1995 no incorporó ninguna previsión al respecto, y no fue hasta 10 años después cuando se incorporó esta cuestión al artículo 3.1.l) del TRLCAP, para excluir de su ámbito de aplicación las encomiendas de gestión que se realizaran a favor de entidades o de sociedades cuyo capital social perteneciera totalmente a la propia Administración pública.

Esta previsión se mantuvo vigente en estos términos hasta que la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, dio una nueva redacción a este precepto, incorporando la redacción que se iba a mantener en vigor hasta promulgación de la actual LCSP, en virtud de la cual quedaban fuera del ámbito de aplicación de la Ley:

> "l) Las encomiendas de gestión que se confieran a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública y sobre las que la Administración que efect*úa* la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan".

Esta evolución de nuestro derecho positivo fue producto, aunque tardío, de la evolución que también se fue paulatinamente produciendo en la jurisprudencia comunitaria en torno a la interpretación de este concepto dentro del marco de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudi-

cación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que no contenía determinación específica al respeto, por lo que se partía para ello de la finalidad fundamental de esta norma comunitaria que se deducía de su considerando 4, según el cual de lo que se trataba era de lo siguiente:

> "(4) Los Estados miembros deben velar por que la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato público de un licitador que sea un organismo de derecho público no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados".

De ello se desprendía, a su vez, que el principio general respecto de los negocios jurídicos derivados de las relaciones entre poderes adjudicadores o de estos con otras personificaciones públicas, era el de su plena sujeción a la normativa comunitaria de contratos cuando se celebraran a título oneroso y tuvieran por objeto alguno de los contratos que regulaba esta Directiva, pues como nos recordó entonces el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sus sentencias de 18 de noviembre de 1999 y 11 de enero de 2005[14], el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos era abrir la contratación pública a la mayor competencia posible, a la libre circulación de los servicios y a la competencia no falseada en todos los Estados miembros.

Y esta es la razón por la que, aunque es cierto que esta jurisprudencia comunitaria admitió la posibilidad de que una autoridad pública, que es a la vez entidad adjudicadora, pudiera realizar las tareas de interés público que le correspondieran con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios y sin dar lugar a un contrato, mediante la utilización de la técnica de los llamados contratos internos o *in house providing*[15], también es cierto que cualquier excepción a la obligación de aplicar las normas comunitarias de contratos, como esta de la contratación interna, tenía que ser interpretada de manera muy estricta y a la luz de cuál es el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

Vemos, pues, que el fundamento de esta institución descansaba, en su origen, no tanto en las normas comunitarias como en la jurisprudencia que el Tribunal europeo había ido dictando al interpretarlas, partiendo de la premisa esencial de la interpretación restrictiva de las excepciones a las normas comunitarias en materia de contratación[16] y, en consecuencia, de este instrumento, en cuanto supone una quiebra del principio de libre competencia y es una

14. Asuntos ©-107-98, Teckal y otro, y ©-26/2003, Stadt Halle y otro, respectivamente.
15. En la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana 5.11.2012, JUR 15229, al aplicar esta exclusión, se consideró que, en consecuencia, este tipo de encomiendas están excluidas del requisito de publicidad regulado en la legislación contractual.
16. Sentencia de 13 de octubre de 2005 (asunto C-458/03, Parking Brixen).

excepción al ámbito de aplicación del derecho comunitario de contratos, que no puede servir para eludir la ley.

Es por ello que el estudio de la configuración jurisprudencial del régimen jurídico de las relaciones *in house* se manifiesta como esencial a la hora de determinar el alcance de esta figura en el derecho interno inmediatamente precedente, y por eso debemos tener en cuenta que esta configuración parte de la sentencia de 18 de noviembre de 1999 (asunto C-107-98, Teckal), que fue la que configuró los requisitos esenciales, que fueron posteriormente objeto de numerosas interpretaciones por parte del Tribunal de Luxemburgo.

3.1.1
Requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJCE

El fundamento de esta excepción radica en el vínculo existente entre el poder adjudicador y el ente sobre el que recae el encargo, que más que a la lógica contractual obedece a razones de pura organización interna del poder adjudicador, sin que el hecho de que ambos ostenten personalidad jurídica propia e independiente altere en absoluto esta lógica que, únicamente, juega a efectos formales, pero no materiales, ya que la falta de auténtica autonomía del ente instrumental respecto del poder adjudicador se manifiesta como evidente.

Precisamente por ello, para esta primera sentencia es necesaria la concurrencia de dos requisitos básicos para que podamos hablar de relaciones *in house* que justifiquen la inexistencia de contrato, la falta de concurrencia competitiva y la inaplicación de la normativa comunitaria, por una parte que el poder adjudicador encomendante ejerza sobre el ente encomendado un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por otra, que el ente que recibe la encomienda realice la parte esencial de su actividad con el poder o poderes adjudicadores que lo controlan.

Por lo que se refiere al primer requisito relativo al control análogo, tal y como se desprende del informe de la IGAE de 5 de junio de 2006, de los informes 1/2006, de 9 de febrero, y 4/2007, de 28 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado[17], así como de la jurisprudencia comunitaria posterior contenida en diferentes sentencias del Tribunal europeo[18], podemos extraer las conclusiones siguientes:

17. Informe de 30 de marzo de 2019, JUR 161209.
18. Sentencias del TJCE 11.1.2005 (asunto ©-26/03, Stadt Halle), 21.7.2005 (asunto ©-231/03, CONAME), 13.10.2005 (asunto ©’458/03, Parking Brixen), 10.11.2005 (asunto

- Que la participación, aun minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participe también la entidad adjudicadora, excluye cualquier posibilidad de entender que esta última ejerce sobre la primera un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, razón por la que la reforma operada en el TRLCAP por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, dio una nueva redacción a su artículo 3.1.l), incorporando de forma expresa y con rango de requisito la exigencia de que el capital de las entidades y sociedades en las que ha que recaer la encomienda sea en su totalidad de titularidad pública.
- Que una participación muy minoritaria y casi simbólica en el capital del poder adjudicador encomendante es insuficiente para permitir este control.
- Que el hecho de que el poder adjudicador posea la totalidad del capital, a título individual o junto con otros poderes públicos, supone un indicio, aunque no decisivo, de que dicho poder adjudicador puede ostentar este control análogo exigido por la jurisprudencia.
- Que si con posterioridad a la encomienda de gestión el ente que la recibe, que originalmente era de capital íntegramente público, pasa a tener una participación privada, puede ser considerada una operación en fraude de ley que enmascara la adjudicación de un contrato a una empresa de economía mixta, perdiendo en todo caso la concurrencia del requisito de control.
- Que este control tiene que permitir una influencia real y determinante, tanto en sus objetivos estratégicos como en sus decisiones más trascendentales, razón por la que se puede presumir que no se ejerce este control análogo cuando en los estatutos de la entidad instrumental se confieren a sus administradores las más amplias facultades para la gestión ordinaria y extraordinaria de la sociedad, sin reservarse al poder adjudicador encomendante ninguna facultad de control ni ningún derecho de voto especial.

Respecto del requisito relativo al parámetro de actividad del ente que recibe la encomienda, la jurisprudencia comunitaria posterior a 1999, contenida, básicamente, en la sentencia del Tribunal europeo de 11 de mayo de 2006 (asunto ©-340/04, Carbotermo), también nos permite extraer diversas conclusiones:

- En primer lugar, que este requisito tiene por particular objeto garantizar que la normativa sobre contratos continúe siendo aplicable en caso de que un ente controlado por uno o varios poderes adjudicadores opere en el mercado y pueda competir con otros entes o empresas.

©-29/04, Comisión Europea contra la República de Austria), 6.4.2006 (asunto ©-410/04, ANAV) y 11.5.2006 (asunto ©-340/04, Carbotermo).

- También, que se puede considerar que el ente realiza la parte esencial de su actividad con el poder adjudicador que le controla cuando su actividad está destinada principalmente a este poder, de forma que el resto tenga un carácter meramente marginal.
- Que el volumen de negocios determinante para realizar esta medición es el que el ente realice en virtud de decisiones de adjudicación adoptadas por el poder adjudicador que le controla, y que las actividades a tomar en consideración para ello son todas las que el ente que recibe la encomienda lleve a cabo dentro del marco de la adjudicación efectuada por aquel, con independencia de que vayan dirigidas al beneficio directo del poder adjudicador o al de los usuarios de los servicios de su competencia y de que esta actividad sea remunerada por el primero o por estos usuarios.
- Y, finalmente, que en el supuesto de que sean varios los poderes adjudicadores que controlen al ente, el requisito de la actividad se analiza respecto de todos los poderes adjudicadores considerados en conjunto. De aquí que la reforma operada en el TRLCAP por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, que dio una nueva redacción a su artículo 3.1.l), incorporara de forma expresa esta eventualidad, al referirse a "la entidad o entidades que las controlan".

3.1.2
Novedades introducidas por la sentencia de 19 de abril de 2007 (asunto TRAGSA)

Estos parámetros de interpretación del cumplimiento de los dos requisitos de los que hablaba la sentencia Teckal en 1999, que fue una constante reiterada por el TJCE durante más de siete años de jurisprudencia comunitaria, sufrieron en los últimos tiempos de vigencia del TRLCAP algunos cambios, que no estuvieron exentos de innumerables críticas doctrinales, como consecuencia de la sentencia de 19 de abril de 2007, dictada por el Tribunal de Luxemburgo a raíz de la cuestión prejudicial planteada por nuestro Tribunal Supremo mediante Auto de 1 de abril de 2005, a la vista de las sentencias de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2000, AN 72968, y del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2003, AN 466, respecto de la sociedad estatal TRAGSA[19].

19. Esta problemática también había sido objeto del Informe 1/2006, de 9 de febrero, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, que consideró que la aplicación de la doctrina comunitaria al caso de TRAGSA hacía inviable la instrumentación de las relaciones de la Administración de la Generalitat de Cataluña por la vía de encargos excluidos de la aplicación de la normativa

En esta sentencia, referida a la Empresa de Transformación Agraria, S.A. (TRAGSA), sociedad dominante de un *holding* público que estaba participada en un 99% por el Estado y en el 1% restante por cuatro comunidades autónomas, y era definida por su normativa reguladora[20] como medio propio y servicio técnico instrumental del Estado y de las comunidades autónomas globalmente consideradas, se planteaban al Tribunal de Luxemburgo las siguientes cuestiones prejudiciales:

- Si era admisible en los términos del artículo 86 CE, apartado 1, que un Estado miembro de la Unión atribuyera *ex lege* a una empresa pública un régimen jurídico que le permitiera realizar obras públicas sin someterse al régimen general de contratación administrativa mediante concurso, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público, tanto por debajo como superando el umbral económico contemplado por las directivas europeas dictadas al respecto.
- Si un régimen jurídico parecido sería compatible con lo que se establecía en las directivas 93/36, 93/37, 97/52/CC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, y 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, de modificación de las anteriores, normativa posteriormente refundida en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.
- Si las afirmaciones de la sentencia España/Comisión (TJCE 2003, 122) eran aplicables en todo caso a TRAGSA y sus filiales, teniendo en cuenta el resto de la jurisprudencia del Tribunal europeo en materia de contratación pública, y considerando que la Administración encarga a TRAGSA un alto número de obras que quedan detraídas del régimen de libre competencia, y si esta circunstancia podía suponer una distorsión significativa del mercado relevante.

contractual, por entender que no se cumplía ninguno de los requisitos exigidos, en el primer caso, porque en el supuesto de las comunidades autónomas no concurría una situación real de control objetivamente apreciada, a pesar de que las normas reguladoras de TRAGSA la calificaran como medio propio instrumental y servicio técnico de aquellas, puesto que las comunidades autónomas globalmente consideradas únicamente participaban con un 1% en su capital social. Respecto del segundo requisito, el referido a que TRAGSA realizara la parte esencial de su actividad, tampoco se cumplía y, además, aunque el capital social de la sociedad matriz era íntegramente público, el de las restantes empresas del grupo, a las cuales se extendía la calificación de medio instrumental propio, tenía participación de capital privado, por ser empresas de capital mixto.

20. Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, posteriormente modificada por el artículo 76 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, también de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

Pues bien, respecto de la primera de las cuestiones planteadas, después de señalar que según el artículo 86 del Tratado los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del Tratado CE, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89 CE, ambos incluidos, el Tribunal europeo no la admitió a trámite, por no contenerse en la resolución de remisión las indicaciones precisas sobre la existencia de una posición dominante, ni sobre la repercusión de la mencionada posición dominante en el comercio entre los Estados miembros.

Respecto de la segunda de las cuestiones planteadas, el Tribunal europeo entendió que las directivas 92/50/CE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, no se oponían a un régimen jurídico como el atribuido a TRAGSA, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por las mencionadas directivas, en cuanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varías autoridades públicas, ya que las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y la mencionada empresa realiza la parte esencial de su actividad con estas mismas autoridades.

Y en base a esta última consideración, el Tribunal consideró improcedente responder a la última cuestión prejudicial que se le había planteado.

Como nos recordó posteriormente el Informe 4/2007, de 28 de junio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, esta decisión del Tribunal vino a añadir, a los ya establecidos por la jurisprudencia comunitaria anterior, un nuevo elemento para evaluar la concurrencia del requisito de que la actividad del ente que recibe la encomienda está destinada esencialmente al poder adjudicador que la realiza, consistente en que la entidad vinculada esté obligada o no a realizar los trabajos que le encomiende el ente o entes que ejercen el control, de manera que no tenga libertad de decisión respecto de su aceptación, ni tampoco en relación con el régimen de tarifas aplicables a sus prestaciones.

La decisión del Tribunal europeo resolviendo las cuestiones prejudiciales sirvió de base para que el Tribunal Supremo dictara su sentencia de 30 de

enero de 2008, RJ 645[21], por la que se desestimó el recurso de casación interpuesto por ASEMFO contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 2001, que previamente había desestimado el recurso interpuesto contra una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de marzo de 1998, que desestimaba las pretensiones de ASEMFO, relativas al abuso de posición de dominio de TRAGSA por no seguir los procedimientos de adjudicación previstos en la legislación pública de contratos.

Pero no estuvo exenta de ciertas críticas de una parte de la doctrina que, como el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Miguel Á. Bernal Blay, entendía que con ella este Tribunal se apartaba de su consolidada doctrina anterior y abogaba, incluso, por entender que en ningún caso se tenía que interpretar como un cuestionamiento de aquella doctrina, sino como un mero error en la apreciación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, que tenían que ser verificadas por el Tribunal Supremo, aunque lo cierto es que, como ya hemos visto, esta sentencia del TJCE sirvió de base al Tribunal Supremo para considerar ajustada a derecho la actividad de TRAGSA.

Las principales críticas doctrinales se centraron básicamente en considerar que el hecho de que el capital fuera íntegramente público, aunque no de una única entidad, no era dato suficiente para determinar la existencia de un control análogo al que se ejerce sobre los servicios propios por parte de todas ellas, sino que se tiene que dar una situación de control efectivo por cada uno de estos entes, especialmente cuando, de ellos, tan solo cuatro comunidades autónomas participaban en su capital social, y de una manera simbólica, y el resto de comunidades autónomas simplemente podían participar potencialmente.

También consideraron que aceptar como fundamento del control análogo que la norma interna obligue a realizar la prestación encomendada era erróneo, pues la previsión normativa no es la causa de la existencia del control, sino una consecuencia del mismo. Igualmente entendían que el hecho de que una Administración pudiera fijar de manera autónoma y unilateral la tarifa o precio del encargo podía significar la existencia de un control, pero no necesariamente que este control implicara una influencia determinante en sus objetivos estratégicos o en sus decisiones más importantes.

21. Esta sentencia se dictó con los votos particulares de los magistrados Eduardo Espín Templado y Manuel Campos Sánchez-Bordona, por considerar que era necesario plantear una nueva cuestión prejudicial al Tribunal europeo, ante la declaración de inadmisibilidad, por carencia de datos, de la primera de las cuestiones que se le habían planteado, a fin de que, introduciendo determinadas precisiones que completaran esta carencia, determinara los límites de los legisladores nacionales en la configuración de un medio propio, a la luz no solamente del artículo 86 CE, sino también de los artículos 43 y 49 CE, relativos a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios.

Otras críticas descansaban en el hecho de considerar que si bien TRAGSA era una empresa de capital íntegramente público, en cambio era sociedad matriz de un grupo en el que se integraban, también, sociedades de economía mixta, y estas también recibían encomiendas de gestión y, por lo que se refiere al requisito de que el ente encomendado realizara la parte esencial de su actividad para la entidad o entidades que efectúan la encomienda, entendían que no estaba limitado estatutariamente el porcentaje de actividad que TRAGSA podía realizar para otros entes diferentes del Estado y de las comunidades autónomas y, por tanto, podía oscilar en el tiempo.

Seguramente debido a esta situación, la actual LCSP introdujo en su disposición adicional vigésima cuarta determinadas previsiones sobre el régimen jurídico de TRAGSA y sus filiales, en las que, aunque se reitera su naturaleza de medio propio instrumental y servicio técnico del Estado, de las comunidades autónomas y de los poderes adjudicadores dependientes de unos y otros, se matiza en cierto modo su alcance al dar tal consideración únicamente a las filiales de TRAGSA cuyo capital pertenezca íntegramente a esta sociedad pública, cerrando de este modo toda posibilidad de extender esta naturaleza a sociedades del grupo de capital mixto.

3.2
Las previsiones del TRLCSP y su origen

Partiendo de estos precedentes legislativos y jurisprudenciales, la legislación de contratos anterior también contempló la previsión de que los poderes adjudicadores pudieran, en determinados supuestos, efectuar encomiendas de gestión a otras entidades del sector público, y de que estas encomiendas quedasen al margen de esta Ley, es decir, excluidas de su ámbito de aplicación y sometidas a su legislación especial, sin que les resultaran de aplicación los preceptos de esta norma, sino únicamente sus principios orientadores[22], a efectos de resolver las dudas o lagunas que pudieran presentarse.

Con estas previsiones, que son idénticas a las que contempló posteriormente la LCSP, se excluyeron del ámbito de aplicación del TRLCSP los negocios jurídicos en virtud de los cuales se encargara a una entidad del sector público que, conforme a lo que señalaba el artículo 24.6, tuviera atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del poder o poderes adjudicadores, la realización de una determinada prestación, sin perjuicio de que los con-

22. Publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

tratos que la entidad tuviera que celebrar con terceros para la realización de las prestaciones objeto del encargo hubieran de quedar sometidos al TRLCSP en los términos que resultasen procedentes, de acuerdo con la naturaleza y según el tipo y la cuantía del contrato y, en todo caso, cuando se tratara de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superaran los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II del Título Preliminar del TRLCSP, observando en su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190 de esta Ley.

Para que fuera posible en el marco legal del TRLCSP la encomienda de gestión, era necesario que así se hubiera previsto de forma expresa y de manera concreta y específica en la norma de creación de la entidad que recibía la encomienda o en sus estatutos reguladores, y solo respecto de aquellas entidades que, en su condición de ente encomendante o de ente que recibe la encomienda, cumplieran todas y cada una de las condiciones siguientes:

– *Que el ente encomendante tuviera la condición de poder adjudicador.*

La respuesta a esta primera cuestión nos venía dada directamente por el TRLCSP, que en su artículo 3.3 consideraba poderes adjudicadores a todas las Administraciones públicas y, individualmente o asociados entre sí, al resto de entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia que no tuvieran tal condición, pero hubieran sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tuvieran carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que tuvieran que ser considerados poderes adjudicadores financiaran mayoritariamente su actividad, controlaran su gestión o nombraran a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

– *Que la entidad que recibe la encomienda pudiera tener la condición de medio propio y servicio técnico del ente encomendante.*

Este segundo requisito exigía, a su vez, que de acuerdo con lo que establecía el artículo 24.6 del TRLCSP concurrieran en la entidad que recibiera la encomienda una serie de circunstancias; por una parte, que se tratara de entes, organismos y entidades del sector público, concepto que nos venía concretado en el artículo 3.1 del propio TRLCSP y que resultaba predicable, en todo caso y entre otros entes, organismos y entidades, de las Administraciones públicas estatal, autonómica y local; de sus organismos autónomos y entidades públicas empresariales; de las sociedades mercantiles y fundaciones participadas, directa o indirectamente, en más de un 50 % de su capital social en el caso de las primeras, o de su dotación inicial o patrimonio permanente, en el caso de las segundas, por entes del sector público, así como por los consorcios administrativos.

La segunda circunstancia que debía concurrir consistía en que la actividad esencial de los entes que tuvieran que ser considerados medios propios instrumentales se destinara al poder o poderes adjudicadores que realizasen la encomienda[23], o lo que era lo mismo, que globalmente considerada, la actividad del ente estuviera principalmente destinada a los poderes adjudicadores que lo controlaban, tomando para ello como base el volumen de negocios que realizara en virtud de decisiones de adjudicación de aquellos.

También se tenía que dar la circunstancia de que los poderes adjudicadores que efectuaran la encomienda ostentaran sobre el ente que la recibía un control análogo al que podían ejercer sobre sus propios servicios. En este caso, no obstante, la solución interpretativa nos venía dada no solo por la jurisprudencia que anteriormente hemos analizado, sino también y muy especialmente por el propio TRLCSP, cuando establecía que se entendería en todo caso que los poderes adjudicadores ostentaban sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tuvieran sobre sus propios servicios, si podían conferirles encomiendas de gestión de ejecución obligatoria, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente encomendante y cuya retribución se fijara por referencia a tarifas[24] aprobadas por la entidad pública

23. Para el Tribunal de Justicia europeo, según la postura que adoptó en su sentencia 11.5.2006 –asunto ©-340/2003, Carbotermo SPA–, solo se puede considerar que una empresa realiza la parte esencial de su actividad con el ente que la controla, cuando la actividad de esta empresa esté destinada principalmente a este ente, de forma que el resto de su actividad tenga un carácter meramente marginal.

24. Por lo que se refiere a las tarifas que correspondía aprobar al ente que realizaba la encomienda para establecer la retribución, se daban las circunstancias siguientes:

a. Según el Informe núm. 13/2015, de 12 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, se tenían que determinar en base a criterios vinculados exclusivamente a los costes reales de producción o de realización de las prestaciones objeto de la encomienda, por lo que no cabía utilizar la denominación de presupuesto, ni incorporar ninguna cantidad en concepto de gastos generales o de beneficio industrial.
b. Según la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos núm. V0681-15, de 27 de febrero, cuando una misma encomienda de gestión incluyese entregas de bienes y prestaciones de servicios, si era posible su delimitación como partidas independientes, solo estaban sujetas a IVA las primeras, y si no lo era, debía tenerse en cuenta la naturaleza de la operación que tuviera más relevancia económica, sujetándola o no a IVA en función de tal naturaleza dominante.
c. Según la Circular de la IGAE de 18 de octubre de 2013, aunque en el caso de contratos y subvenciones y ayudas públicas sujetas a la LGS, resultaba posible adoptar el compromiso de gasto en un ejercicio anterior al del inicio de su ejecución, en concepto de gastos de tramitación anticipada, en el caso de las encomiendas de gestión y los convenios de colaboración no se podían formalizar ni tampoco suscribir aquellos cuya ejecución presupuestaria se iniciara en un ejercicio posterior, por lo que, aunque se pudiera iniciar la tramitación del expediente en un ejercicio anterior, su fiscalización previa se tenía que realizar en el mismo ejercicio presupuestario en el que se fuera a formalizar y ejecutar presupuestariamente.

de la que dependieran, incorporando a la norma, de esta manera y pese a las críticas doctrinales, la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 19 de abril de 2007, dictada en el caso TRAGSA.

Nos encontrábamos, por tanto, ante la posibilidad de que fueran la norma creadora del ente o sus estatutos reguladores los que dieran cumplimiento a este requisito, mediante la introducción en su texto de las determinaciones precisas para hacer realidad las premisas anteriores, en términos similares a lo que hacía el propio TRLCSP con TRAGSA en su disposición adicional vigésima quinta.

Y, para finalizar, cuando se tratara de sociedades, la totalidad de su capital debía ser de titularidad pública, lo que acababa con el problema interpretativo que este extremo planteaba respecto de las fundaciones del sector público, al no tener este tipo de entidades un elemento que pudiera ser considerado análogo al de capital social.

Esta cuestión dio lugar al Informe 4/2007, de 28 de junio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, en el que, respecto de este extremo, después de constatar cuál sería el futuro, ya que en el que entonces era proyecto de LCSP, a efectos del requisito del capital, solo se hacía referencia a sociedades y no a entidades, se descartó toda posibilidad de que el requisito de capital íntegramente público no fuera exigible a las fundaciones del sector público, desde el momento en que la jurisprudencia comunitaria y el artículo 3.1 del TRLCAP hacían alusión a "entidades y sociedades", pues consideraba posible interpretar que la presencia de entidades privadas sin ánimo de lucro en la fundación no alteraría los objetivos de interés público que persiguen los entes públicos que participen mayoritariamente, y su aplicación la basó en considerar que el capital de una fundación estaría integrado tanto por la dotación fundacional inicial como por las subvenciones públicas que ingresaran posteriormente.

No obstante este posicionamiento, lo cierto es que fue generalizada la interpretación, especialmente teniendo en cuenta las previsiones de futuro, de que este criterio no resultaba entonces exigible respecto de las fundaciones privadas, que pudieran tener la condición de medios propios instrumentales y servicios técnicos de uno o más poderes adjudicadores, siempre que se tratase de las fundaciones del sector público a las que se refería el artículo 3.1.f) del TRLCSP[25] y cumpliesen los restantes requisitos materiales y formales que estamos analizando.

25. Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integrantes del sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

Respecto de esta segunda condición globalmente considerada de que el ente que recibía la encomienda pudiera tener la condición de medio propio y servicio técnico del ente encomendante, se había planteado una duda durante la vigencia del TRLCAP, respecto de si cabía la posibilidad de que los ayuntamientos que integraban una mancomunidad de municipios pudieran efectuar encomiendas de gestión, al amparo de aquella norma, a una sociedad mercantil cuyo capital perteneciera íntegra y exclusivamente a la referida mancomunidad, que había sido objeto de consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que en su Informe 15/2007, de 26 de marzo, con una interpretación muy literal y restrictiva de la ley, concluyó que no cabía tal posibilidad por la siguiente razón:

> "[…] el capital de la Sociedad no pertenece a los Ayuntamientos sino a la Mancomunidad (artículos 2 y 6 y siguientes de los Estatutos) ni del examen de estos últimos se desprende algún control efectivo de los Ayuntamientos sobre la Sociedad, por lo que, incluso prescindiendo del requisito de que la mayor parte de la actividad se realice con los Ayuntamientos no concurre el requisito de control efectivo idéntico a los de sus propios servicios que exige la letra l) del artículo 3.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para admitir acuerdos de encomiendas de gestión con régimen jurídico excluido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas".

Este criterio se consideraba excesivamente restrictivo y literal, ya que una mancomunidad no deja de ser más que un conjunto de municipios que de manera asociada gestionan un servicio de su competencia, por lo que la sociedad mercantil no es otra cosa que el instrumento municipal para gestionarlo de forma directa y de manera asociada, de lo que se derivaba la evidencia de que los municipios, como titulares del servicio, no solamente tenían sobre la mancomunidad un control efectivo idéntico al que ejercían sobre sus propios servicios, sino que se trataba, efectivamente, de uno de sus propios servicios, que controlaban a través de los órganos de la propia mancomunidad, integrados de forma exclusiva y única por los representantes de los ayuntamientos de los municipios asociados.

Cuestión diferente era la tratada por esta misma Junta Consultiva en dos informes posteriores[26]. En el primero, negando la posibilidad de considerar como medio propio de las entidades locales de la provincia de Málaga a una sociedad cuyo capital social pertenecía íntegramente a la Diputación Provincial como medio propio de esta, al entender que no podían ejercer sobre la misma un control análogo al que ejercerían sobre sus propios servicios, salvo

26. Informes núm. 2/2012, de 7 de junio, y 24/2012, de 14 de diciembre.

que entraran en su capital social, en contra de lo que había dictaminado cuatro años antes la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía[27], que entendió que una sociedad de la Junta de Andalucía se consideraba medio propio instrumental de las entidades locales andaluzas con las que la Comunidad Autónoma formalizara un convenio de colaboración, aunque no participaran en su capital, en base a la doctrina jurisprudencial fijada respecto de TRAGSA, por entender que la participación en el capital solo constituye un indicio que no es decisivo, que no constituye, por tanto, un requisito necesario para la existencia del control análogo.

En el segundo informe, la Junta Consultiva estatal niega la misma posibilidad a una empresa de un ayuntamiento catalán respecto de otros ayuntamientos con los que formalizase un convenio en el que se pactara esta condición. Este posicionamiento ha sido reiterado por esta Junta Consultiva más tarde, estando ya en vigor la LCSP, en su informe de 30 de marzo de 2019, JUR 161209, en el que contesta diversas consultas relacionadas con la posibilidad de que una sociedad municipal cuyo capital social pertenece íntegramente a un único ayuntamiento, pueda convertirse en medio propio de otras entidades –ayuntamientos, comarcas y mancomunidades–[28].

27. Informe núm. 13/2008, de 22 de diciembre.

28. Las conclusiones de este informe, que por su claridad transcribimos, fueron las siguientes:

- Siendo requisito imprescindible que cada Administración pública participe en el capital social del medio propio conjunto, no cabe considerar en abstracto la exigencia de un porcentaje de capital mínimo para cada una de las Administraciones públicas de las que se considera la entidad conjunta medio propio a los efectos de la LCSP.
- Para que pueda existir un control conjunto análogo cada Administración debe participar mediante representantes en los órganos estatutarios que ejercen una influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad, debiéndose considerar a este respecto tanto la junta general como el consejo de administración y cuantos órganos puedan preverse con el fin de influir en estas decisiones.
- Los representantes pueden representar a varias o a la totalidad de las Administraciones partícipes (artículo 32.4.1.º), siendo por tanto compatibles con el citado artículo representantes individuales de una Administración con representantes conjuntos de varias de ellas.
- No resulta compatible con el carácter conjunto del control la posibilidad de que una Administración pueda condicionar por sí sola la actividad de la sociedad medio propio conjunto de varias Administraciones.
- La calificación como medio propio debe constar expresamente en los estatutos de acuerdo con el artículo 32.2.d) de la LCSP.
- Los encargos deben realizarse dentro del objeto social del medio propio, debiendo precisarse en la plataforma de contratación los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo de acuerdo con el artículo 32.6.a) de la LCSP.
- El encargo no impide que el medio propio subcontrate la realización de determinadas prestaciones objeto del encargo sin superar el 50 % de la cuantía del mismo (apartado b] del artículo 32.7 de la LCSP).

– *Que la norma de creación o los estatutos reguladores de la entidad que recibía la encomienda hubieran determinado de forma expresa y específica*[29] *la condición de la entidad como medio propio y servicio técnico del poder adjudicador encomendante; las entidades respecto de las que tuviera esta condición, con detalle del régimen de las encomiendas que se les pudieran conferir y de las condiciones en las que se les pudieran adjudicar directamente contratos; y la imposibilidad de que estas entidades participasen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador encomendante, sin perjuicio de que, de no acudir licitadores, pudiera este encargarles, mediante encomienda de gestión, la ejecución de la prestación que constituyera el objeto del contrato cuya licitación resultaba desierta.*

Respecto de este tercer requisito el TRLCSP introdujo una medida de seguridad jurídica, puesto que no solo exigía, como hacía el TRLCAP, que los entes que tuvieran que recibir encomiendas de gestión por parte de los poderes adjudicadores reuniesen los requisitos exigidos por la normativa y jurisprudencia comunitaria y por la normativa interna, sino que, además, estableció la necesidad de que la norma creadora del ente o sus estatutos reguladores contuviesen determinadas previsiones mínimas al respecto, que no dejasen margen para ninguna duda, referidas básicamente al hecho de que el ente ostentase tal condición y los poderes adjudicadores respecto de los que la ostentase, así como el régimen jurídico de estas encomiendas y las condiciones en las que se les podían adjudicar directamente contratos y, en todo caso, la prohibición de participar en

– En el momento de creación del medio propio conjunto hay que justificar que su creación sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica, o que resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico (artículos 86.2 LRJSP y 32.2.d] y 32.6 LCSP).
– La tarifa deberá calcularse de manera que represente los costes reales en los términos fijados en el artículo 32.4.a) *in fine* de la LCSP. Respecto al IVA, los servicios prestados conforme a la normativa tributaria no están sujetos al impuesto en los términos previstos en la disposición final décima de la LCSP, que modifica la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.
– El medio propio conjunto no puede participar en licitaciones públicas convocadas por los ayuntamientos de los que sea medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargársele la ejecución de la prestación objeto de las mismas de acuerdo con el artículo 32.2.d), segundo párrafo, de la LCSP.
– No cabe acudir al mecanismo de delegación de competencias entre dos ayuntamientos para la utilización de un medio propio que solo pertenece a uno de ellos.

29. Por este motivo la Recomendación núm. 2/2009, de 22 de abril, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía, recomendaba que, a efectos de dar cumplimiento al artículo 24.6 de la LCSP, las entidades instrumentales de la Junta de Andalucía adaptaran sus normas de creación o estatutos, con objeto de recoger tal previsión.

licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador encomendante[30], sin perjuicio de que, de no acudir licitadores, pudiera este encargarles, mediante encomienda de gestión, la ejecución de la prestación que constituyera el objeto del contrato cuya licitación quedara desierta.

– *Régimen jurídico y limitaciones de la contratación externa*

Para finalizar, el TRLCSP contemplaba un último requisito en relación con las encomiendas de gestión, que hacía referencia al régimen jurídico de la actividad contractual del ente que la recibe, cuando para llevarla a cabo tenía que acudir a la contratación externa, y que, en determinados supuestos, portaba inherente algunas limitaciones, al establecer que cuando las prestaciones encomendadas generasen la necesidad de suscribir contratos con terceros, estos contratos, que como ha señalado la jurisprudencia[31] únicamente eran imputables al ente que recibía la encomienda y nunca al ente encomendante, tenían que quedar sometidos al TRLCSP de acuerdo con la naturaleza jurídica del ente receptor de la encomienda que, en muchos supuestos, generaría la existencia de un contrato privado, y también de acuerdo con el tipo y la cuantía del contrato, es decir, según se tratara de contratos sujetos a regulación armonizada o no y según su cuantía superara o no los umbrales económicos que el TRLCSP establecía.

Con la previsión expresa de que cuando se tratara de la ejecución de obras, la entidad no podía contratar con terceros más del 50 % de su importe, por aplicación de lo dispuesto por el artículo 24.4 *in fine* del TRLCSP, al tratarse de la realización de obras por Administración, ya que como señaló la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias[32], esta posibilidad de contratar con terceros derivaba del hecho de que la condición de medio propio o servicio técnico no requería necesariamente que la entidad dispusiera de todos los medios necesarios para llevarla a cabo, por lo que podía contratar con terceros los recursos o medios complementarios que resultasen necesarios, siempre y cuando estas contrataciones se llevaran a cabo de acuerdo con el TRLCSP.

Se planteaba la duda, no obstante, de si la previsión contenida en el artículo 24.4 *in fine* del TRLCSP, al no tener este apartado del precepto naturaleza básica, resultaba aplicable a todas las comunidades autónomas o estas

30. Para la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña –Informe núm. 4/2010, de 26 de marzo–, esta imposibilidad de concurrir a licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del cual se constituyen en medio propio, no enerva, lógicamente, su capacidad de concurrir a licitaciones convocadas por otros entes, organismos o entidades del sector público.

31. STS 9.12.2013, RJ 8174.

32. Informe núm. 2/2012, de 10 de abril.

podían, en el ámbito de sus propias competencias, variar este porcentaje. De lo que no cabía ninguna duda, en cambio, es de que no lo podían eliminar, ya que resultaba evidente que si la totalidad de la obra encomendada hubiera sido objeto de contratación externa, ya no se podría hablar de ejecución de obras por Administración, y si no se trataba de la ejecución de obras por Administración, tampoco cabía la encomienda de gestión, pues tal y como establecía el artículo 24.1.a) del TRLCSP, eran obras por Administración las que el poder adjudicador llevaba a cabo utilizando exclusivamente medios propios o con la colaboración parcial de empresarios cuando, entre otros supuestos, la Administración dispusiera de servicios técnicos suficientemente aptos para su realización, lo que no era otra cosa que los medios propios y servicios técnicos de que hablaba el propio TRLCSP en su artículo 24.6 al regular los requisitos de las encomiendas de gestión. De hecho, así lo consideró la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado[33].

En consecuencia, todas las encomiendas de gestión o contratos *in house* que no se ajustaran a esas exigencias, constituían una utilización anómala y contraria a la ley de esta figura, que generaba una relación contractual vulnerando los principios comunitarios de publicidad y concurrencia. Incluso, en algunos casos, en función del objeto de la encomienda, provocó que los juzgados y tribunales de lo social considerasen que con la utilización de esta técnica se producía una auténtica cesión ilegal de trabajadores[34] prohibida por el artículo 43 del entonces Estatuto de los Trabajadores, ya que, en estos casos, el objeto de la encomienda consistía únicamente en proveer de mano de obra al ente encomendante, y este fue el motivo por el que en muchos supuestos resolvieron declarar la condición de trabajadores indefinidos no fijos de los demandantes, respecto de la entidad que efectuaba la encomienda, al considerarla realizada en fraude de ley.

3.3
Las previsiones de las directivas comunitarias

A diferencia de la anterior Directiva sobre contratación pública[35], la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, que derogó la anterior, regula en su artículo 12, por primera vez en el ámbito comunitario, los contratos públicos adjudicados entre entidades del

33. Informe núm. 13/2012, de 27 de septiembre.
34. SSTSJ de Andalucía 4.5.2010 y de Murcia 10.12.2012 y 24.6.2014, AS 1151, AS 630 y AS 2757.
35. Directiva 2004/18/CE.

sector público, después de declarar en su considerando 31 que así lo aconsejaba la considerable inseguridad jurídica respecto de los supuestos en los que los contratos entre entidades del sector público tenían que quedar sometidos a las normas de contratación pública, debido a las diferentes interpretaciones que se estaban produciendo de la jurisprudencia comunitaria dictada al respecto entre los diferentes Estados de la Unión, incluso entre los diferentes poderes adjudicadores.

Por eso, bajo el doble principio de que el mero hecho de que las dos partes de un acuerdo sean poderes públicos no excluye por sí solo la aplicación de las normas de contratación, y de que la normativa comunitaria no tiene que interferir en la libertad de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público de su competencia utilizando sus propios recursos, incluidos los derivados de la cooperación interadministrativa, regula en su artículo 12 los contratos públicos entre entidades del sector público, asegurando que la cooperación entre entidades públicas no genere un falseamiento de la competencia con respecto a los operadores económicos privados, hasta el punto de situar a un proveedor de servicios privado en una situación de ventaja respecto de sus competidores.

A tal fin, su artículo 12 regula cuatro supuestos de contratos públicos adjudicados entre entidades del sector público que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva que, tal y como señaló la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña en su Informe núm. 13/2015, de 12 de noviembre, se concretaban en las modalidades siguientes: el contrato *in house* ordinario, que es el que dio lugar a la jurisprudencia comunitaria y el que se recogió en el TRLCSP, en los términos que anteriormente hemos analizado; el contrato *in house* inverso, en el que es el medio propio o la entidad controlada quien contrata a la entidad controladora; el contrato *in house* horizontal, que es el suscrito entre dos entidades controladas por una misma entidad; y el contrato *in house* con una entidad controlada de manera conjunta por varios poderes adjudicadores.

En todas estas modalidades es necesario, según la Directiva, que se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

a. Que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de la que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, considerando que se da esta situación cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada, bien directamente, bien mediante otra persona jurídica controlada por el poder adjudicador, control que, en los supuestos de una entidad controlada de manera conjunta por varios poderes adjudicadores, ha de ser conjunto entre todos ellos, pro-

duciéndose esta circunstancia tanto cuando los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes, con la posibilidad de que cada representante pueda representar a varios poderes adjudicadores participantes o a la totalidad de los mismos, como cuando estos poderes adjudicadores puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada, o cuando la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes adjudicadores que la controlan.

b. Que más del 80 % de las actividades de esta persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de cometidos que le hayan sido confiados por el poder adjudicador o poderes adjudicadores que la controlan o por otras personas jurídicas controladas por estos, con la previsión de que para calcular este porcentaje se ha de tomar en consideración la media del volumen de negocios total, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato, salvo que, debido a la fecha de creación o del inicio de actividad de la persona jurídica o del poder adjudicador o debido a la reorganización de sus actividades, estos datos no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, en cuyo caso será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.

c. Que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, ni ejerza una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada, sin perjuicio de reconocer la posibilidad de que, de conformidad con los tratados, la legislación nacional de cada Estado pueda imponer formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario[36].

36. La STC 103/2015, de 28 de mayo, se refiere a esta posibilidad, al señalar que las nuevas directivas en materia de contratación "han venido a despejar la inseguridad jurídica existente sobre cuándo los contratos celebrados entre entidades del sector público están o no sujetos a las normas de contratación pública, especificando que aun cuando, con carácter general la encomienda de un poder adjudicador a una entidad del sector público controlada por éste, pero participada por los particulares, no puede ser objeto de encomienda directa, ya que ello otorgaría al operador económico una ventaja competitiva, ello no es predicable de los supuestos en los que una norma legal o administrativa de derecho interno, acorde con los Tratados, es la que encarga la prestación del servicio público a una organización en cuyo

Añadiendo en su apartado 4 a estas modalidades de contratos *in house* o cooperación vertical, como nuevo negocio excluido, la cooperación horizontal o cooperación entre poderes adjudicadores para la prestación conjunta de servicios públicos, siempre que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes, con el fin de garantizar que los servicios públicos que les incumban se presten de forma que se logren los objetivos que tienen en común, que el desarrollo de esta cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público y que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20% de las actividades objeto de cooperación, calculado por el mismo procedimiento que en los supuestos anteriores.

Este precepto de la Directiva fue considerado aplicable[37] en España antes de su transposición al derecho español, incluso antes de que hubiera expirado el plazo para ello, con la única excepción de la referencia a la participación de capital privado en el medio propio o la persona jurídica controlada contenida en los apartados 1.2) y 2 del propio precepto, respecto de la cual, como el propio artículo indica, la imposición expresa de esta participación requería disposición legal nacional.

3.4
Regulación actual de los encargos a medios propios en la LCSP

En la LCSP la regulación de las encomiendas de gestión ha sido mucho más matizada que en la legislación anterior, entre otras poderosas razones porque, como sucedía con otros muchos aspectos de esta Ley, el legislador dio con ella cumplimiento o, cuando menos, recogió muchos de los pronunciamientos judiciales que en relación con este extremo se habían ido generando por el Tribunal de Justicia europeo y por la doctrina más autorizada elaborada en torno a estos pronunciamientos de la justicia comunitaria, y esta es la razón que nos ha llevado a considerar necesario el análisis previo de los anteceden-

capital participan obligatoriamente operadores privados, siempre que esta participación no permita bloquear ni controlar la persona jurídica controlada –empresa mixta– ni les otorgue una influencia decisiva en las decisiones [considerando 32 de la Directiva 2014/24/UE y art. 12 c)]".

37. El Informe núm. 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, se hace eco de las palabras de la Abogacía del Estado, que mantenía que "esta norma del derecho de la Unión Europea establece en la materia que disciplina una regulación muy detallada que, por eso, hace innecesaria realmente la promulgación de una norma de derecho nacional que desarrolle o complete las previsiones de aquella con el fin de posibilitar su efectiva aplicación".

tes legislativos y de los orígenes de esta institución, para interpretar debidamente su regulación actual.

En este nuevo marco perfilado por las actuales directivas comunitarias se promulgó la actual LCSP, que, tal y como el propio texto indica en su disposición final quinta, tenía por objeto incorporar a nuestro ordenamiento las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE y 2014/23/UE, ambas de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y sobre adjudicación de contratos de concesión.

En la LCSP, además de contemplarse en su disposición adicional vigésima cuarta un régimen jurídico específico para TRAGSA y su filial TRAGSATEC, bajo la denominación de "encargos a medios propios personificados", que consagra su condición de medio propio, respecto de diferentes actividades, no susceptibles de verse ampliadas por la vía interpretativa[38], y respecto de diferentes entidades, entre las que se incluyen las diputaciones provinciales y sus entidades del sector público dependientes que tengan la condición de poderes adjudicadores[39], se diferencia entre la encomienda de gestión regulada actualmente por la LRJSP[40], que excluye de su ámbito de aplicación en su artículo 6.3, y los convenios interadministrativos y encargos a medios propios que, sin excluirlos, regula de forma específica en sus artículos 30 a 33, aunque, como veremos, no en todos los casos con carácter básico.

En estos preceptos, después de establecer en el artículo 31 un reconocimiento explícito de la potestad de autoorganización y de los sistemas de cooperación pública entre entidades pertenecientes al sector público, tanto de naturaleza vertical, mediante sistemas de cooperación consistentes en el uso de medios propios personificados, como de naturaleza horizontal, mediante la formalización de convenios, en ambos casos de naturaleza no contractual, y después de autorizar para estos casos la realización conjunta de contrataciones y de su responsabilidad, distingue entre la ejecución directa de prestaciones por la Administración con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados, que regula en su artículo 30, y los encargos a medios propios personificados, aplicando un régimen jurídico distinto según sean realizados por poderes adjudicadores o por entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador.

38. La sentencia del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León de 22 de mayo de 2019, JUR 252686, así lo pone de manifiesto, recordando la exigencia de que las actividades estén incluidas en su objeto social.

39. Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 39/2019, de 20 de diciembre, JUR 343716.

40. STSJ de Cataluña 21.9.2020, JUR 315312.

3.4.1
Ejecución directa de prestaciones por la Administración con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados

La ejecución directa de prestaciones por la Administración se regula en el artículo 30, aunque, según se deriva del número 3 de su disposición final primera, en calidad de legislación no básica. Según estas previsiones, la ejecución directa de prestaciones por la Administración se puede instrumentar, bien con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios, siempre que no se trate de medios propios personificados, ya que en este caso la Ley nos remite al encargo de gestión, y puede ir referida a la ejecución de obras o a la fabricación de bienes muebles, ya que la prestación de servicios ha de ser normalmente realizada por la propia Administración con sus propios medios, y solo cuando carezca de estos y previa justificación en el expediente, mediante contratación externa, generando de esta manera un principio de preferencia por la prestación directa, frente a la externalización, que en el caso de los servicios parece configurarse como fórmula residual.

La ejecución de obras por la Administración, con o sin la colaboración de empresarios particulares, procederá en los mismos supuestos que actualmente regula el TRLCSP, es decir, en los siguientes casos:

1. Cuando la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución.
2. Cuando la Administración posea elementos auxiliares utilizables, cuyo empleo suponga una economía superior al 5% del importe del presupuesto del contrato o una mayor celeridad en su ejecución, justificándose, en este caso, las ventajas que se sigan de la misma.
3. Cuando no haya habido ofertas de empresarios en la licitación previamente efectuada.
4. Cuando se trate de un supuesto de emergencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 120 de la propia Ley.
5. Cuando, dada la naturaleza de la prestación, sea imposible la fijación previa de un precio cierto o la de un presupuesto por unidades simples de trabajo.
6. Cuando sea necesario relevar al contratista de realizar algunas unidades de obra por no haberse llegado a un acuerdo en los precios contradictorios correspondientes.

7. Cuando se trate de obras de mera conservación y mantenimiento, según la definición contenida en su artículo 230.5.
8. Excepcionalmente, cuando se trate de la ejecución de obras definidas en virtud de un anteproyecto y no se aplique el régimen previsto en el artículo 145.6 de la Ley, relativo a la valoración de las ofertas con más de un criterio de adjudicación.

Con la previsión de que en los supuestos contemplados en los números 1, 2, 3, 5 y 6 se tendrá que redactar el correspondiente proyecto en los términos reglamentariamente previstos, y con la posibilidad de utilizar en todos los casos la colaboración de empresarios particulares, siempre que esta no sobrepase, en los supuestos a) y b), el 60 % del importe total del proyecto, con lo que se elevó el límite anterior del 50 %.

En estos casos la relación contractual con estos empresarios deberá ir precedida de la autorización de la ejecución de las obras y, en su caso, de la aprobación del proyecto, por el órgano competente para la aprobación del gasto, y constituirá un contrato de obras que se tendrá que adjudicar de acuerdo con los procedimientos de selección del contratista regulados con carácter general por la propia LCSP, con la excepción de los supuestos de emergencia.

La fabricación de bienes muebles por la Administración, con o sin la colaboración de empresarios particulares, procederá cuando concurra alguno de los supuestos previstos para las obras en los apartados 1, 3, 4 y 5 anteriores, o en el supuesto previsto en el apartado 2 cuando se obtenga un ahorro superior al 20 % del presupuesto del suministro o una mayor celeridad en su ejecución, decantándose en este caso el principio de preferencia por la externalización, frente a la fabricación directa, salvo que se refiera a la fabricación de bienes muebles que, por razones de defensa o de interés militar, resulte conveniente ejecutar por la Administración.

En estos supuestos, la relación contractual con estos empresarios deberá ir precedida de la autorización de la fabricación de los muebles por el órgano competente para la aprobación del gasto, y constituirá un contrato de suministro que, como en el caso de las obras, se adjudicará de acuerdo con los procedimientos de selección del contratista regulados con carácter general por la propia LCSP, con la excepción de los supuestos de emergencia.

3.4.2
Encargos a medios propios personificados

Por el contrario, cuando los encargos afecten a prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios o concesión de obras o de servicios

y se realicen a medios propios personificados, nos encontraremos ante los denominados contratos *in house* o encargos de gestión, que no tendrán la consideración jurídica de contrato y que únicamente quedan sometidos a un régimen jurídico específico, establecido con rango de legislación básica, que será diferente según que el ente encomendante tenga la condición de poder adjudicador o sea simplemente una entidad del sector público que no tenga tal consideración[41]; precisamente por ello la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado[42] ha considerado que ni les resultaban de aplicación –ni directa, ni analógica, ni supletoria– las medidas de suspensión de los contratos previstas en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, ni tampoco las previstas en el artículo 208 de la LCSP.

- Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados

Cuando se trate de poderes adjudicadores del sector público que decidan ejecutar de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios o concesión de obras o de servicios a través de medios propios personificados, se sujetarán al régimen establecido en el artículo 32 de la LCSP, que ha sido posteriormente modificado en tres ocasiones mediante las leyes de presupuestos generales del Estado 6/2018, de 3 de julio, y 11/2020, de 30 de diciembre, y mediante el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para la modernización de la Administración pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Según la redacción actual de este precepto, este tipo de operaciones no tendrá la consideración de contrato, sino la de encargos a medios propios realizados en ejercicio de su potestad de autoorganización, cuando suponga la ejecución directa por los poderes adjudicadores de prestaciones propias de los contratos de obras, servicios, suministros, concesión de obras y concesión de servicios públicos por parte de los poderes adjudicadores, mediante un encargo a otra persona jurídica distinta que, con independencia de su sujeción al derecho público o al privado, tenga respecto del poder adjudicador

41. El propio Preámbulo nos anuncia que, "siguiendo las directrices de la nueva Directiva de contratación, han aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades, con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia. Se encuentran aquí requisitos tales como que la entidad que tenga el carácter de 'medio propio' disponga de medios personales y materiales adecuados para cumplir el encargo que se le haga, que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa, que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20 por ciento de su actividad".

42. Informe núm. 27/2020, de 12 de febrero de 2021, JUR 73442.

encomendante la condición de medio propio, a cambio de una compensación económica de carácter tarifario.

Idéntico régimen jurídico se aplicará cuando el encargo de gestión sea inverso u horizontal, es decir, cuando el medio propio o la entidad controlada, siendo un poder adjudicador, realice un encargo al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada, directa o indirectamente, por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se realice el encargo.

Se trata de una modalidad organizativa y de actuación administrativa que excepciona los principios contractuales públicos y, muy particularmente, el principio de concurrencia, y que tiene, por tanto, una gran incidencia en el mercado. Este es el motivo por el que algunos tribunales autonómicos de recursos contractuales[43] han considerado que para utilizar esta fórmula han de concurrir razones que así lo aconsejen y que este extremo quede debidamente justificado en el expediente. Incluso otros tribunales[44], yendo más allá de la dicción literal de la LCSP, han considerado aplicable a todo el sector público, y no solo al estatal, la previsión contenida en el inciso final del apartado 1 del artículo 32 de la LCSP, cuando alude a "sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público", refiriéndose con ello, sin duda, al artículo 86 de esta última Ley, posteriormente modificado por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, que exige que el encargo de gestión constituya una opción más eficiente que la contratación pública, y que resulte más sostenible y más eficaz aplicando criterios de rentabilidad económica, y ello no solo en el momento de efectuar la declaración de una entidad como medio propio y servicio técnico, sino también en el momento posterior de la realización de los concretos encargos, para lo cual exige una explicitación en la memoria justificativa correspondiente de las razones por las que el encargo resulta más eficiente que el recurso a la contratación pública.

La ley también determina los requisitos que deben cumplir estas personas jurídicas para ostentar la condición de medio propio[45], distinguiendo

43. Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León de 22 de mayo de 2019, JUR 252686.

44. La Resolución de 19 de febrero de 2019 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, JUR 76132, entiende que si bien el artículo 86.2 y 3 de la LRJSP contempla requisitos que han de ser cumplidos con carácter previo a la declaración de una determinada entidad como medio propio, ello no obsta a que en los procedimientos de formalización de los concretos encargos que se le realicen se tenga también que efectuar idéntico análisis.

45. En la redacción original de la LCSP estos requisitos se tenían que mantener en todo momento, ya que, como de forma expresa determinaba en su artículo 32.5, su incumplimiento sobrevenido comportaba la pérdida de la condición de medio propio personificado y la

según se trate de medios propios de una única entidad del sector público o de varias. En el primer caso resulta requisito indispensable que se trate de personas jurídicas de derecho público o de derecho privado que cumplan la totalidad de los requisitos siguientes:

- Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas, entendiéndose que se ostenta este control análogo cuando él mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controladas del mismo modo por él puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo, por así establecerlo sus estatutos o acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo.

  En este caso la compensación económica se ha de establecer por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa el medio propio personificado y en la forma que reglamentariamente se determine, y tendrán que ser calculadas de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas por el medio propio, y atendiendo al coste efectivo soportado por este respecto de las actividades encomendadas que se subcontraten con empresarios particulares, cuando el coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas.
- Que más del 80 % de las actividades del ente que recibe el encargo se lleven a cabo por encargo del ente encomendante o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por este, calculándose este porcentaje, cuando sea posible[46], con referencia a los tres ejercicios inmediatamente anteriores, a partir del promedio del volumen global de negocios, de los gastos soportados por los servicios prestados al

imposibilidad de seguir efectuando encargos a la persona jurídica afectada, aunque no afectaban a los encargos en estado de ejecución, que podían ser concluidos, pero desde la reforma operada por la disposición final cuadragésima.Uno de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, esta previsión ha quedado derogada.

46. Cuando debido a la fecha de creación o de inicio de actividad del poder adjudicador encomendante, o a la reorganización de sus actividades, el volumen global de negocios o, en su caso, otro indicador alternativo de actividad, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores a la formalización del encargo o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con justificar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.

poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, o a partir de otro indicador alternativo de actividad que resulte fiable[47].

En relación con el cálculo de este criterio de actividad, a nivel estatal, la Abogacía y la Intervención General del Estado dictaron de forma conjunta la Circular de 22 de marzo de 2019[48], sobre los criterios a tener en cuenta para su cálculo en aquellas entidades que sean consideradas medios propios, con el fin de cubrir el vacío normativo derivado de la falta de desarrollo reglamentario del precepto, en la que partiendo del principio de la interpretación restrictiva de estas previsiones de la LCSP determinado por la jurisprudencia europea[49], y haciendo descansar la carga de la prueba de la concurrencia de los requisitos de la existencia de circunstancias excepcionales que justifican la excepción en la entidad que quiera beneficiarse de su aplicación, se analizan los tres parámetros a tener en cuenta: las magnitudes a considerar en relación con el indicador seleccionado por el medio propio para medir la actividad –que debe ser fiable, razonable, cuantificable y constatable–, la fiabilidad y medición del indicador elegido y la temporalidad del indicador promedio.

– Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente sujeto a derecho privado, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.
– Que esta condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo, respecto del concreto poder adjudicador que lo efectúa, figure de forma expresa en sus estatutos sociales o acto de creación, previa conformidad o autorización expresa del poder adjudicador correspondiente y previa verificación por parte de este de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos[50] de conformidad con su objeto social, aspecto este último

47. En la redacción original de la LCSP se exigía que el cumplimiento efectivo de este requisito quedara reflejado en la memoria de las cuentas anuales del ente que recibía el encargo y fuera, en consecuencia, objeto de verificación por el auditor de cuentas correspondiente, pero en estos momentos este requisito formal ya no resulta exigible desde la reforma operada por la disposición final cuadragésima.Uno de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre.

Respecto de este requisito, el de ausencia de capital privado y el de control, véase el Informe 1/2019, de 13 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña.

48. JUR 99.601.

49. Sentencia de 13 de octubre de 2005 (asunto C-458/03, Parking Brixen).

50. Informe 11/2017, de 19 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña. También contemplan esta exigencia las sentencias que se citan en la nota siguiente.

que se presume cuando haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los grupos, subgrupos y categorías que ostente.

Con este objeto, los estatutos sociales o el acto de creación correspondiente deberán determinar el poder adjudicador respecto del que tiene tal condición y el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir, sin que sea posible que estos entes puedan participar en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, salvo que no concurra ningún licitador, único supuesto en el que se les puede encargar la ejecución de la prestación que constituya su objeto, y siempre que el objeto del encargo sea idéntico al del contrato licitado[51].

En el caso de medios propios de varios poderes adjudicadores, tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan los requisitos previstos anteriormente para los supuestos de medios propios de un solo poder adjudicador, pero con las siguientes especialidades:

– Respecto del requisito de control, es necesario que los poderes adjudicadores encomendantes ejerzan sobre el ente que recibe el encargo un control conjunto análogo al que ostentarían sobre sus propios servicios o unidades, entendiéndose a estos efectos que existe este control conjunto cuando se cumplan la totalidad de las condiciones siguientes:
  - Que en los órganos decisorios del ente que recibe el encargo estén representados todos los poderes adjudicadores potencialmente encomendantes, pero con la posibilidad de que cada representante pueda representar a varios entes, incluso a todos.
  - Que los poderes adjudicadores encomendantes puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente que recibe el encargo.
  - Que el ente que recibe el encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes encomendantes.

  Con la precisión, confirmada por los tribunales nacionales y europeo, de que este control conjunto se puede manifestar por diferentes medios y no requiere, con carácter indispensable, que cada una de las entidades lo ejerza individualmente[52], ni tampoco que cada una de las

51. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 18 de febrero de 2019, JUR 86612.

52. SSTSJ de Cataluña 21.9.2020 y 22.4.2021, JUR 315312 y RJCA 697, y STJUE 29.11.2012 (Econord SpA contra Comune di Cagno y Comune di Varese).

entidades participe en el capital de la entidad *in house*, siempre que se pueda acreditar que puede ejercer una influencia determinante tanto en sus objetivos estratégicos como en sus decisiones más importantes, y, por tanto, un control efectivo, estructural y funcional[53].

– Respecto del requisito de actividad, es necesario que más del 80 % de las actividades del ente que recibe el encargo, calculado de idéntica forma y con el mismo régimen jurídico que en el supuesto de un único poder adjudicador, se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le hayan sido confiados por las entidades encomendantes o por otras personas jurídicas controladas por ellas. Por tanto, este requisito se considera satisfecho si el medio propio alcanza el porcentaje de actividad indicado con el conjunto de las entidades que realizan la encomienda, y no con una de ellas en concreto.

Todos estos encargos, con independencia de que se trate de medios propios de un solo poder adjudicador o de varios, quedan sujetos a un procedimiento específico que requiere que, con carácter previo, el medio propio personificado publique en la plataforma de contratación correspondiente tal condición, con detalle de los poderes adjudicadores frente a los cuales la ostenta y de los sectores de actividad respecto de los que puede ejecutar prestaciones susceptibles de este tipo de encargos, que han de estar comprendidos en su objeto social. También será necesaria su formalización documental, con expresión de su plazo de duración, así como su publicación en la plataforma de contratación correspondiente, cuando su importe sea superior a 50 000 €, IVA excluido.

En el sector público estatal, la LCSP exige, además, un trámite de autorización previa del Consejo de Ministros cuando su importe iguale o sea superior a 12 000 000 de € y sus modificaciones superiores al 20 % de su importe inicial que, por razones obvias, no resulta de aplicación directa al sector local[54].

Respecto del régimen jurídico al que se han de sujetar estos encargos, la LCSP contempla un sistema de compensación económica a favor del medio propio, así como la posibilidad de contratar con terceros prestaciones parciales objeto del encargo.

La compensación económica por la prestación de servicios[55], salvo en los supuestos previstos por la letra F del artículo 7.8 de la Ley 37/1992, de

53. STJUE 18.6.2020 (Porin Kaupunki, c-328/19).

54. En este sentido entiendo que cuando el apartado 3 de la disposición final primera de la nueva LCSP declara el carácter no básico de la letra c) del apartado 5 del artículo 32, se trata de una errata, y creo que realmente el carácter no básico del precepto ha de referirse a la letra c) del apartado 6 del mismo.

55. La consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 27 de agosto de 2018, JUR 268853, deja claro que, en cambio, las entregas de bienes sí generan IVA, y que cuando el objeto del encargo se concrete en la realización de ejecuciones de obra con aportación de

28 de diciembre, reguladora del IVA, no está sujeta a este impuesto[56], ni tampoco puede incluir el concepto de beneficio industrial, para no resultar incompatible con la condición de medio propio, por cuanto podría producir un falseamiento o una restricción de la libre competencia, y distinguirá según se trate de actividades objeto de encargo realizadas directamente por el medio propio o de actividades realizadas mediante contratación con terceros, ya que si bien en ambos casos se parte de su establecimiento por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende el medio propio, cuando se trate de actividades contratadas con terceros, la LCSP, además de remitirse a un desarrollo reglamentario, al disponer que esta compensación se calculará en la forma que reglamentariamente se determine, exige que su cálculo se realice atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio, ya que cuando este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas, quedará reducido a este coste efectivo, o lo que es lo mismo, en el caso de que como consecuencia de la contratación se obtengan economías, estas economías no podrán suponer un beneficio económico para el medio propio, sino para el ente del que depende.

La posible contratación con terceros de prestaciones parciales objeto del encargo se realizará mediante contratos sometidos a la legislación de contratos del sector público de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y del tipo y valor estimado de los mismos, hasta un límite máximo del 50 % de su cuantía[57], con la precisión de que no se considerarán prestaciones parciales las que el medio propio adquiera a otras empresas cuando se trate de suministros o servicios auxiliares o instrumentales, siempre que no constituyan una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque formen parte del proceso necesario para producir la prestación encargada.

materiales cuyo objeto sea la construcción o rehabilitación de una edificación, y el coste de los materiales aportados por el que se ejecuta la obra exceda del 40 % de la base imponible del impuesto, tendrán la consideración de entregas de bienes sujetas al IVA por aplicación de lo que dispone el artículo 8.dos de la ley reguladora de este impuesto.

56. El artículo 7.8.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del IVA, a partir de la redacción dada al mismo por la disposición final décima de la LCSP, así lo establece de manera tajante para todos los tipos de encargo a medios propios. Véanse la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 22 de marzo de 2019, JT 472, y el informe de 30 de marzo de 2019, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, JUR 161209.

57. Este límite máximo se podrá superar cuando el encargo se base en razones de seguridad, en el hecho de que la prestación, por su naturaleza, requiera un mayor control en la ejecución, o por razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución, pero esta excepción tiene carácter excepcional, por lo que se tendrá que justificar debidamente la concurrencia de estas circunstancias y acompañar el documento de justificación al de formalización del encargo, con el que se publicará en la plataforma de contratación correspondiente.

Esta limitación general tiene algunas excepciones, ya que quedan excluidos de la misma los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se haya encargado una concesión de obras o de servicios. También, cuando se trate de la gestión de servicios públicos mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin o cuando esta gestión se atribuya a una sociedad de derecho privado de capital íntegramente público, así como cuando se trate de los contratos que celebre con terceros el medio propio al que se hayan encargado determinadas actividades tecnológicas o informáticas –la prestación de servicios informáticos y tecnológicos de la Administración pública con el fin de garantizar la compatibilidad, la comunicabilidad y la seguridad de redes y el fomento de las telecomunicaciones, el desarrollo de la sociedad de la información y sociedad digital–.

Este es, quizás, el extremo de la LCSP que ha sufrido una variación más importante desde su promulgación original, ya que inicialmente tan solo se contemplaban los dos primeros supuestos, cuyo fundamento entiendo que descansaba, en el primer caso, en el hecho de que la realización de las obras no constituye la totalidad del objeto del contrato, y, en el segundo, en la evidencia de que en estos casos no estamos ante un encargo de gestión a medios propios, sino ante una gestión directa y descentralizada del servicio mediante entes de carácter instrumental[58]. En los nuevos supuestos incorporados a partir de las modificaciones operadas en la LCSP por la Ley 6/2018, de 3 de julio, y por el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, las excepciones obedecen a otras exigencias de carácter más estratégico, relacionadas con la conveniencia de garantizar la compatibilidad, la comunicabilidad y la seguridad de redes y el desarrollo de la sociedad de la información.

- Encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados

Cuando las entidades del sector público que actúen no tengan la condición de poder adjudicador, también nos encontraremos ante un contrato *in house* o encargo de gestión a un medio propio personificado que no tiene la condición de contrato y que se realiza a cambio de una compensación económica, pero, a diferencia del supuesto anterior, en este caso quien actúa en calidad de encomendante no es un poder adjudicador, sino una entidad del sector público que no tiene tal condición.

Para ello resulta necesario que la persona jurídica de la que se vale la entidad encomendante, con independencia de que se encuentre sujeta a derecho público o a derecho privado, tenga la condición de medio propio personifi-

58. Informe 1/2019, de 13 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña.

cado de la misma, lo que exige la concurrencia de tres requisitos: el control directo o indirecto de la entidad encomendante sobre el ente que recibe la encomienda en los mismos términos que cuando se trata de entidades que tienen la condición de poder adjudicador; que el capital social o patrimonio del ente que recibe la encomienda sea íntegramente de titularidad pública; y que más del 80 % de sus actividades se lleven a cabo en virtud de encargos realizados por el ente encomendante que le controla o por otras personas jurídicas controladas por este.

Con la previsión específica, también aplicable al sector público autonómico, de que también resultará de aplicación este régimen a los encargos de gestión que se produzcan entre sus personificaciones jurídicas, cuando se dé entre ellas la correspondiente relación de control y, además, la totalidad del capital social o el patrimonio del medio propio sea de titularidad pública y cumplan el requisito relativo a que el 80 % de sus actividades esté provocado por encargos del ente encomendante, a cuyo efecto, el propio artículo 33.3 de la LCSP establece que este último requisito se entenderá cumplido por referencia al conjunto de actividades que se hagan en el ejercicio de los cometidos que le hayan sido confiados por la entidad que realiza el encargo, por la entidad que controla directa o indirectamente tanto a la entidad que realiza el encargo como a la que lo recibe, así como por cualquier otra entidad también controlada directa o indirectamente por la anterior[59].

En este tipo de encargos, el artículo 33 de la LCSP no exige de forma expresa el requisito formal de que el medio propio tenga esta condición reconocida en sus estatutos o norma de creación, ni tampoco se recoge la prohibición de concurrir a licitaciones de los poderes no adjudicadores que pueden conferirle encargos, pero lo cierto es que, como puso de manifiesto la Audiencia Nacional[60], estando estas entidades sujetas a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación, y en la medida en que los encargos a medios propios constituyen excepciones a estos principios, lo lógico es evitar un recurso excesivo o abusivo de los medios propios que les otorgue ventajas competitivas en el mercado, que es lo que ocurriría si estos entes pudieran concurrir a las licitaciones que convoquen los entes encomendantes, por lo que considera que estas limitaciones son igual-

59. Así se había reconocido por la Junta estatal de Contratación Administrativa en su informe 29/2018, de 5 de octubre, con anterioridad a la reforma operada en el apartado 3 del artículo 33 de la LCSP como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 mayo, en que se consideró legalmente posible que las entidades del sector público que no tuvieran la condición de poder adjudicador pudieran realizar este tipo de encargos, respecto de otras entidades de la misma naturaleza sobre las que tuvieran el control o en cuyo capital participaran.

60. SAN 5.10.2020, JT 977.

mente aplicables a este tipo de encargos, aunque el artículo 33 de la LCSP no lo contemple de forma expresa.

Aunque el artículo 33 de la LCSP tampoco se refiera a ello, también resulta claro que en este tipo de encargos a medios propios que no tienen la condición de poder adjudicador, cuando se acuda a la contratación externa para realizar el encargo, el medio propio deberá cumplir las previsiones de la LCSP que en función de su naturaleza le resulten de aplicación –Título I del Libro Tercero–, por previsión expresa de su artículo 32.7.a).

De todo lo expuesto se deriva que el legislador español ha recogido en la LCSP las previsiones de la Directiva de manera mucho más exhaustiva de lo que hacía anteriormente el TRLCSP, configurando este negocio jurídico no como un negocio excluido de la legislación de contratos del sector público, sino como un negocio excluido de la consideración de contrato, al que dota de una regulación específica y de un régimen jurídico concreto.

De esta regulación se deduce que la LCSP sigue manteniendo la presunción de la existencia de control del poder adjudicador encomendante análogo al que ostenta sobre sus propios servicios derivada de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 19 de abril de 2007, dictada en el caso TRAGSA, por el mero hecho de que el poder o poderes adjudicadores encomendantes puedan conferirle encargos de ejecución obligatoria por así establecerlo sus estatutos o el acto de creación, a pesar de las críticas doctrinales que cuestionaban este modelo, por considerar que solo constituía un indicio de este control y no garantizaba un control efectivo.

También se deriva la prohibición de que el medio propio externalice más del 50% de las prestaciones encargadas, aunque, como ya hemos visto, las excepciones hayan ido creciendo como consecuencia de sucesivas reformas, respecto de las previsiones iniciales. Lo mismo tenemos que decir respecto de la exigencia de que el medio propio cuente con los medios personales y materiales apropiados para la realización del encargo de acuerdo con su objeto social, lo que nos hace concebir ciertas esperanzas sobre la correcta utilización de esta figura en el futuro, que permita superar los supuestos de utilización desviada que en muchos casos se han producido en el pasado, con el único fin de utilizar estos encargos como meras vías de escape de la legislación contractual[61].

61. La STSJ de Cataluña 21.9.2020, JUR 315312, se refiere a esta cuestión cuando considera que la subcontratación sistemática de la mayor parte de la prestación aproxima al medio propio a un mero intermediario, que recibe una retribución por esta intermediación, y ello cuestiona el valor añadido del encargo para el poder adjudicador y para los usuarios del servicio y deja sin justificación la decisión de no licitar el servicio.

También es importante constatar una doble circunstancia: por una parte, que la dicción literal de la LCSP impedirá que las fundaciones privadas tengan la condición de medio propio de poderes adjudicadores, ya que la prohibición de participación privada va referida no solo al capital social, sino también al patrimonio; y, por otra, que respecto de la prohibición de participación privada en el ente que realiza el encargo, la LCSP ha optado por no hacer uso de la posibilidad prevista en la Directiva, de imponer formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario.

Por último, como ya hemos apuntado en otra parte de este trabajo, hay que recordar que la jurisprudencia ha considerado también posible que para la satisfacción del mismo fin público se pueda acudir a la utilización conjunta de diversas técnicas –cooperación horizontal y cooperación vertical–, admitiendo la posibilidad de hacer encargos a medios propios de forma sucesiva a una previa cooperación horizontal, siempre que se cumplan los requerimientos legales de una y otra técnica, y en este sentido es importante el pronunciamiento contenido en la STSJ de Cataluña a la que se hace referencia en la nota 40 de este trabajo[62].

De manera más rotunda se pronunció el Tribunal de Cuentas en su informe de fiscalización del año 2015, al afirmar que "el recurso a la subcontratación por parte del medio propio por no tener medios suficientes constituye un fraude de ley, pues el empleo de la figura del medio propio tiene solo sentido cuando cuente con medios idóneos para el desempeño de las actividades que constituyen su objeto, de manera que se configura a la encomendataria como una mera entidad intermedia con cuyo concurso se habilita un cambio de régimen jurídico en materia de contratación pública, mucho más rápido y flexible en su tramitación, pero también con muchas menos garantías para el interés público".

62. En la STSJ de Cataluña 21.9.2020, JUR 315312, se trata el caso de esta doble relación –integración de diversos ayuntamientos en un consorcio para la prestación del servicio del agua, y posterior encargo de gestión a una sociedad que tiene la consideración de medio propio de este consorcio–, y a pesar de considerar que no existe ningún problema en utilizar esta doble vía, acaba anulando los acuerdos municipales relacionados con la aprobación de la forma de gestión directa de este servicio y posterior encargo de gestión a la sociedad del consorcio, por considerar que ninguna de las formas de cooperación, ni la horizontal entre el ayuntamiento y el consorcio, ni la vertical entre el ayuntamiento y el medio propio, cumplía las exigencias exigidas por la Directiva de contratos –artículo 12.4 y 12.1 respectivamente–, ni tampoco las contempladas en la LCSP.

En esta sentencia se trata de un caso en el que el consorcio es integrado por dos tipos de ayuntamientos, unos de mayor población, que prestan directamente el servicio con sus propias empresas municipales y que son los ayuntamientos que, como consecuencia del sistema de voto ponderado en función de la población establecido en sus estatutos para la adopción de acuerdos, tienen el control del consorcio, y otros de menor población, que encargan su prestación directamente al medio propio del consorcio, que es una sociedad mercantil participada por este y por las sociedades mercantiles municipales que prestan el servicio en los ayuntamientos de mayor población, con quien concierta un contrato programa previamente aprobado por el consorcio, al que se limita a adherirse.

Respecto de la cooperación horizontal entre el consorcio y el ayuntamiento afectado por esta sentencia, que era uno de los ayuntamientos consorciados de menor población, el Tribunal considera que no se dan los requerimientos legales por entender que no concurre la

4
Bibliografía

Alonso Higuera, C. (2002). *Manual del secretario. Teoría y práctica del derecho municipal*. Atelier.

Garrido Falla, F. y Fernández Pastrana, J. M.ª (1993). *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones p*úblicas. Un estudio de la Ley 30/1992. Civitas.

Leguina Villa, J. y Sánchez Morón, M. (1993). Órganos de las Administraciones públicas. En J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón (dirs.). *La nueva Ley de R*égimen *Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Tecnos.

Malaret García, E. (1992). *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*. Civitas.

Vilalta Reixach, M. (2012). El ámbito subjetivo de aplicación de la encomienda de gestión. Su concreción en la Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones públicas de Cataluña. *QDL*, 28.

exigencia de interés común en la finalidad a perseguir por el consorcio, por cuanto no se le cedían las competencias para gestionar el servicio, ni de hecho lo gestionaba, pues mientras para los ayuntamientos de menor población el fin era la prestación asociada del servicio, pero mediante una relación directa con la sociedad municipal del consorcio y no con el propio consorcio, para los ayuntamientos de mayor población, que ya prestaban este servicio de forma directa a través de sus propias empresas municipales de capital íntegramente público, el único interés que se podía identificar era de mercado.

Respecto de la cooperación vertical el Tribunal considera que tampoco se cumplen las exigencias legales, no solo porque en la retribución del medio propio se contempla un beneficio industrial, sino también porque tampoco se cumplen los requisitos relativos al control análogo, a la actividad, ni a la disponibilidad de medios suficientes del medio propio.

En el primer caso, porque el ayuntamiento afectado por la sentencia no ostenta ningún control, directo, indirecto ni conjunto, análogo al de sus propios servicios sobre el medio propio, ya que el control efectivo del consorcio y, por tanto, también de su medio instrumental, lo ostentan los ayuntamientos de mayor población que, a través de sus propias empresas mercantiles, participan en el capital social del medio propio. En el segundo caso, porque el medio propio no realiza su actividad esencial para todos los poderes adjudicadores que lo integran, sino, únicamente, para alguno de los ayuntamientos integrados en el consorcio, ya que no realiza actividades en los municipios que disponen de su propia empresa. Y respecto de la disponibilidad de medios suficientes del medio propio, porque queda acreditado en autos que tiene unos medios personales y unos recursos limitados, que le obligan a prestar el servicio de agua de los municipios de menor población mediante las sociedades públicas de los municipios de mayor población que participan en su accionariado.

Tribunal Supremo y Gobiernos locales: últimas novedades jurisprudenciales*

José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
Magistrado del Tribunal Supremo

1. Introducción: La irrupción de las autoridades administrativas independientes en la vigilancia y supervisión de la actividad de los entes locales y el principio de juridicidad

2. Directrices jurisprudenciales del Tribunal Supremo relativas a los entes locales

2.1. Gobierno local y estatuto de los concejales

2.1.1. El derecho de los concejales a presentar enmiendas a los presupuestos municipales en los plenos de la corporación forma parte consustancial del ejercicio del cargo de representación pública [STS de 9 de febrero de 2022 (RC 2677/2021)]

2.1.2. El alcalde no puede obstaculizar el derecho a la información de los concejales de la oposición condicionándolo a que la documentación requerida esté relacionada con los asuntos que se van a tratar en el pleno [STS de 10 de febrero de 2022 (RC 681/2021)]

2.1.3. El alcalde no dispone de discrecionalidad para dejar de incluir los puntos que quedaron pendientes de un pleno ordinario anterior que fue suspendido en el orden del día de la convocatoria del pleno siguiente, aunque este fuere extraordinario [STS de 16 de junio de 2022 (RC 3226/021)]

2.2. Competencias municipales: La competencia de los municipios en educación primaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 25.2 n) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, determina que asuman los gastos de conservación y mantenimiento del centro público cuando sea de su titularidad, sin perjuicio de lo que prevea la regulación sectorial [STS de 25 de noviembre de 2021 (RC 183/2020)]

2.3. Urbanismo y medio ambiente: La declaración de nulidad de pleno derecho de un plan urbanístico, por la omisión de la evaluación ambiental estratégica, no puede ser objeto de subsanación en el incidente de ejecución de sentencia [STS de 23 de febrero de 2022 (RC 4355/2020)]

* El origen de la presente contribución se encuentra en la conferencia pronunciada por el autor en la séptima sesión del Seminario de Actualización Jurídica Local Josep Maria Esquerda 2022, celebrada en Barcelona el día 8 de julio de 2022.

2.4. Vivienda: La Administración municipal está obligada, en los supuestos de ejecución forzosa de la demolición de una infravivienda construida sin licencia, a realizar un juicio de proporcionalidad sobre la incidencia que la medida tiene respecto de los menores de edad que conviven en el domicilio familiar, con la finalidad de evitar que pudiera producirse una situación de desamparo

3. Epilogo: La justiciabilidad de los nuevos paradigmas constitutivos del buen gobierno y la buena administración y la posición institucional del Tribunal Supremo

1
Introducción: La irrupción de las autoridades administrativas independientes en la vigilancia y supervisión de la actividad de los entes locales y el principio de juridicidad

La Constitución encomienda a los tribunales el control de la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican.

Este principio de sumisión plena del poder público administrativo al juez, en los términos del artículo 106 de la Constitución, es manifestación del *checks and balances*, que es consustancial al principio de división de poderes.

La proscripción de la inmunidad jurisdiccional de la Administración pública se equilibra con el absoluto sometimiento del juez, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, conforme a lo dispuesto en los artículos 9.1 y 117 del texto constitucional.

El principio de juridicidad del Estado de derecho, que se consagra en los artículos 1 y 9.1 de la Constitución, en relación con lo dispuesto en el artículo 106 de la norma fundamental, es determinante del sometimiento de todos los poderes constituidos al amparo de la Constitución al principio de legalidad constitucional, que se proyecta en la atribución del poder fiscalizador de la actividad del Gobierno y de la Administración a los tribunales de justicia, que integran, junto al Tribunal Constitucional, el poder jurisdiccional del Estado.

Estos preceptos constitucionales desvelan el valor de la Constitución como norma jurídica suprema y el carácter vinculante de todas las disposiciones constitucionales que deben ser cumplidas, sin excepción alguna, por los poderes públicos y la ciudadanía.

El Estado de derecho se concibe, en la expresión acuñada por el profesor Eduardo Garcia de Enterría, como “el reino de la Ley y el Derecho”, y no como un simple Estado legal, en cuanto el poder judicial asume la función preeminente de aplicar e interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución.

Este insigne jurista enseña que el verdadero fin de la construcción constitucional es implantar el derecho mediante la justicia y el resto de los valores superiores del ordenamiento jurídico (la libertad, la igualdad y el pluralismo político) y los principios constitucionales que vinculan en toda su amplitud y sin límite alguno a todos los poderes del Estado.

A la luz de estas consideraciones constitucionales, cabe preguntarse si el control de la actividad de los entes públicos (y por ende de los entes locales) está reservado a los tribunales de justicia con carácter monopolístico, o cabe que otros poderes de naturaleza no jurisdiccional ejerzan funciones de fiscalización o supervisión respecto de las autoridades administrativas.

El profesor Santiago Muñoz Machado, en una excelente monografía sobre la reserva de jurisdicción, ha abordado como un vestigio del *ancien régime* el ejercicio coparticipativo de algunos aspectos de la función jurisdiccional por la Administración u otros órganos especializados, y ha propugnado la necesidad de revisar esa situación de acuerdo con los principios constitucionales, de modo que la Administración abandone funciones de autocontrol y se logre alcanzar el objetivo de que el dominio del ejercicio de la función de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponda de forma exclusiva al poder judicial.

El Tribunal Constitucional tuvo el mérito de acotar las facultades de control que la Administración estatal o las Administraciones de las comunidades autónomas podían ejercer sobre los entes locales, en la medida en que el modelo constitucional de organización territorial del Estado es incompatible con una visión jerárquica de los poderes territoriales que articulan la estructura del Estado.

Según la doctrina constitucional, expuesta tempranamente en la sentencia 4/1981, de 2 de febrero, los controles que la Administración central o regional pueden ejercer sobre los entes locales no son ilegítimos, desde la perspectiva constitucional de salvaguarda del principio de autonomía local, siempre que esa atribución fiscalizadora esté conferida a través de norma con rango de ley, no tenga un alcance genérico, ni se base en criterios discrecionales o de oportunidad, sino en razones de estricta legalidad.

En la citada sentencia 4/1981 del Tribunal Constitucional, este se pronunció sobre el significado del principio de autonomía local, subrayando que es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias, si bien entiende que no se ajusta a dicho principio la existencia de controles genéricos e indeterminados que sitúen a las entidades locales en la posición de subordinación o dependencia cuasijerárquica de la Administración del Estado u otras entidades territoriales.

La irrupción de las que se identifican como “autoridades administrativas independientes” en el entramado institucional del Estado, respecto del

control de la actividad de los entes locales, se enmarca en la configuración de una Administración más compleja y especializada que requiere, para la defensa eficaz de determinados intereses públicos –la sostenibilidad financiera, la salvaguarda de la privacidad, la defensa de las libertades económicas y la garantía de la unidad del mercado o la transparencia de los poderes públicos administrativos–, que se creen comisiones, consejos u organismos de carácter público, de composición no estrictamente funcionarial, desvinculados orgánica y funcionalmente de la Administración estatal o autonómica activa, que asuman competencias regulatorias (e incluso sancionadoras) para la protección de dichos intereses específicos.

La eclosión de las autoridades independientes viene auspiciada por el cumplimiento del derecho de la Unión Europea. Se trata, esencialmente, de promover e impulsar políticas de buena gobernanza y buena administración, de manera preferente en los ámbitos regulatorios de los servicios económicos de interés general, aunque se han extendido a otros campos cuya ordenación y supervisión requiere, para ser eficaz, de la implantación de organismos altamente especializados.

El profesor Luciano Parejo ha alertado sobre la diversificación de las potestades de inspección encomendadas inicialmente a un poder estatal único, que se corresponde con la supervivencia de la técnica del control administrativo como categoría voraz por su vocación omnicomprensiva.

El análisis de tres sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, relacionadas con la intervención (o no intervención) de autoridades administrativas independientes sobre la actividad de los entes locales, nos va a permitir valorar y evaluar el alcance de los nuevos escenarios de fiscalización del Gobierno y la Administración local.

La sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2022 (RC 3382/2020; ponente: Calvo Rojas), resolviendo el caso "Diputación de Girona", evidencia el deslizamiento del dominio exclusivo del control jurisdiccional de la actividad de los entes locales, que corresponde a los tribunales de justicia, al ámbito de las comisiones independientes a las que se le atribuyen funciones de carácter cuasijurisdiccional.

Se avala en esta sentencia del Tribunal Supremo la actuación de una autoridad administrativa independiente, la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública (GAIP), creada por la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en la medida en que se reconoce la facultad de anular un conjunto de actos de la Diputación de Girona adoptados en materia de acceso a la información.

El conflicto que dio origen a la sentencia dictada en primera instancia por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, deriva de la negativa de la Diputación de Girona a facultar el acceso a determinados expedientes y a obtener copias de los mismos que había interesado al grupo político Candidatura d'Unitat Popular (CUP), y que motivó, a requerimiento de este, que interviniese la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública, que resolvió estimar la reclamación.

Disconforme con esa decisión, la Diputación de Girona entabló un recurso contencioso-administrativo con el objeto de que se anulara la resolución de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública argumentando, básicamente, como fundamento jurídico de su pretensión, que la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña y el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, contienen una regulación completa del régimen jurídico de acceso a la información pública, que no requiere ser completada por la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno ni por la Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no comparte esta tesis argumental, legitimando la intervención de la Comisión catalana de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública por cuanto el derecho de acceso a la información corporativa, por parte de los representantes de la ciudadanía en las instituciones públicas, no puede ser de alcance y calidad inferiores que cuando este mismo derecho lo ejerciten los representados individualmente considerados.

La sentencia impugnada en casación sostiene que la disposición adicional primera, punto 2, de la Ley 19/2014 establece que el acceso a la información pública en las materias que tienen establecido un régimen de acceso especial se regulará por su normativa específica y, con carácter supletorio, por esta Ley.

A juicio del Tribunal catalán esto quiere decir que, en el ámbito local, las previsiones que regulan el acceso de los electos a la documentación corporativa (art. 77 de la Ley básica de régimen local; art. 164 del Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña; y arts. 14, 15 y 16 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, aprobado mediante RD 2568/1986, de 28 de noviembre) tienen que ser completadas por las previsiones de la Ley 19/2014. Con más motivo –se razona en la sentencia– si tenemos presente que la Ley 19/2014

tiene la condición de norma reguladora de los derechos, las obligaciones y las garantías esenciales en las materias que regula, que son aplicables con carácter general a la actuación y el funcionamiento de la Administración (punto 1 de la disposición final primera), y que, al mismo tiempo, las leyes sectoriales (las de régimen local serían un caso) deben interpretarse de acuerdo con lo establecido en la Ley 19/2014 y, para el caso de establecer excepciones respecto al régimen general, estas "deben ser explícitas y responder a una causa que las justifique" (punto 2 de la disposición final primera).

El Tribunal Supremo debía resolver el recurso de casación interpuesto por la Diputación de Girona ciñéndose a la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, que delimita el enjuiciamiento del recurso de casación, según se refiere en el auto de admisión: interpretar la disposición adicional primera.2 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en relación con los artículos 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y 14 a 16 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, a fin de precisar si los citados preceptos constituyen, o no, un régimen jurídico específico de acceso a la información que excluye la aplicación de la Ley de transparencia.

La sentencia del Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación y fija como doctrina, tras efectuar un análisis riguroso de los preceptos de la normativa sobre régimen local en materia de acceso a la información de los miembros de las corporaciones locales (artículos 77 LBRL y 14 a 16 ROF) a la luz de la jurisprudencia que delimita el significado y alcance de la disposición adicional primera.2 de la Ley 19/2013, que la normativa de régimen local contiene una regulación que desarrolla el derecho de acceso a la información en dicho ámbito por parte de los miembros de la corporación local, que, a efectos de lo establecido en la citada disposición adicional primera.2 de la Ley 19/2013, significa que dicho régimen específico habrá de ser aplicado con carácter preferente a la regulación de la Ley de Transparencia, siendo esta de aplicación supletoria.

Tras este pronunciamiento sobre la prevalente aplicación de la normativa de régimen local que regula específicamente esta materia del derecho de acceso a la información pública, el Tribunal Supremo considera que la cuestión de interés casacional no ha sido adecuadamente planteada, porque lo que debe resolver es si el régimen de reclamación previsto en la Ley estatal 19/2013 y en la Ley 20/2014, que confiere al interesado el derecho a formular una queja ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, o ante el órgano instituido por la comunidad autónoma, constituye un cauce idóneo para

garantizar el derecho de acceso a la información con carácter alternativo a la interposición del recurso en vía administrativa.

> "Y la sentencia del Tribunal Supremo admite que, aunque la Diputación Provincial recurrente dedica el núcleo de su argumentación a señalar que la regulación contenida en la normativa de régimen local (artículos 77 LBRL y 14 a 16 del ROF) contiene un régimen específico y completo del derecho de acceso a la información por parte de los miembros de la Corporación, la cuestión que debemos resolver no es esa en realidad, pues, como ya hemos señalado, debe aceptarse sin dificultad que, en efecto, esos preceptos de la normativa de régimen local albergan una regulación pormenorizada del derecho de acceso a la información en dicho ámbito, tanto en la vertiente sustantiva como en la procedimental. Por ello, la cuestión a dilucidar es otra y consiste en determinar si la existencia de esa regulación específica en la normativa sobre el régimen local excluye la aplicación de la Ley 19/2013, de Transparencia y Buen Gobierno; y, más en concreto, si debe considerarse excluida la posibilidad de que contra la resolución que dicte el correspondiente órgano de la Administración Local –en este caso, la Diputación Provincial de Girona– cabe interponer la reclamación que se regula en los artículos 24 de la Ley estatal 19/2013 y 39 y siguientes de la Ley catalana 19/2014".

El posicionamiento del Tribunal Supremo de admitir la coexistencia del régimen de recursos administrativos previstos en la Ley Reguladora del Procedimiento Administrativo Común y en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local con el régimen de reclamación contenido en las leyes de Transparencia y Buen Gobierno, se fundamenta en la doble consideración de la Administración como Administración reguladora y como Administración garante.

Tratándose de instrumentos procedimentales de carácter potestativo, con el reconocimiento de la posibilidad de utilizar ambas vías, se consigue reforzar la garantía del derecho de acceso a la información pública a través de la actuación de un organismo independiente:

> "Como vimos en el antecedente cuarto, la Diputación Provincial recurrente sostiene que regulación contenida en la normativa sobre el régimen local incluye un régimen de recursos que el miembro de la Corporación puede interponer cuando ve denegado su derecho de acceso a la información y que son el recurso potestativo de reposición y el recurso contencioso-administrativo, además del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona (artículos 114 a 121 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa) y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Según la recu-

rrente, la existencia de ese régimen de recursos excluye la posibilidad de que el miembro de la Corporación Local que considera vulnerado su derecho de acceso a la información interponga la reclamación prevista en la normativa sobre Transparencia y Buen Gobierno, pues admitir esta vía de reclamación –argumenta la Diputación recurrente– supone aceptar lo que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno denomina técnica del «espigueo», consistente en seleccionar los aspectos más favorables de dos cuerpos normativos distintos para dotarse así de un régimen jurídico *ad hoc,* lo que resulta contrario al principio de seguridad jurídica (cita la recurrente resoluciones del CTBG de 20 de diciembre de 2016 –RT/282/2016– así como RT/719/2020). Pues bien, ese planteamiento no puede ser asumido. Veamos.

El artículo 23.1 de la Ley 19/2013, de Transparencia y Buen Gobierno establece que '1. La reclamación prevista en el artículo siguiente tendrá la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común'. La referencia que hace el precepto al artículo 107.2 de la Ley 30/1992 pone de manifiesto que la reclamación que se regula en la normativa sobre Transparencia y Buen Gobierno sustituye al recurso de alzada, lo que deja a salvo la posible coexistencia de dicha reclamación con el recurso potestativo de reposición. Y en esa misma línea se pronuncia la Ley catalana 19/2014, que, después de contemplar la posibilidad del recurso potestativo de reposición (artículo 38), pasa a regular la reclamación ante la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información pública (artículos 39 y siguientes).

Por tanto, la normativa sobre Transparencia y Buen Gobierno admite que la reclamación que en ella se regula pueda dirigirse contra el acto originario que deniega el acceso a la información o, en su caso, contra el acto que desestima el recurso potestativo de reposición que eventualmente se hubiera interpuesto contra aquél.

Por otra parte, es oportuno señalar que la reclamación que se regula en el artículo 24 de la Ley 19/2013, de Transparencia y Buen Gobierno (y en los artículos 39 y siguientes de la ley catalana 19/2014) es meramente potestativa, de manera que no constituye una carga para quien pretende acceder a la información, ni un paso previo obligado antes de acudir a la vía contencioso-administrativa, sino que la posibilidad de formular la reclamación se ofrece al interesado como una garantía a la que voluntariamente puede acogerse para la protección de su derecho.

> Establecido lo anterior, debemos recordar que, conforme a lo previsto en la disposición adicional primera.2 de la Ley 19/2013, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información '*se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio*'. Pues bien, el alcance que atribuye a esta expresión la jurisprudencia de esta Sala, que antes hemos reseñado, lleva a concluir que el hecho de que en la normativa de régimen local exista una regulación específica, en el plano sustantivo y procedimental, del derecho de acceso a la información por parte de los miembros de la Corporación en modo alguno excluye que, con independencia de que se haga uso, o no, del recurso potestativo de reposición, contra la resolución que deniegue en todo o en parte el acceso a la información el interesado pueda formular la reclamación que se regula en el artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (y, en el caso de Cataluña, en los artículos 39 y siguientes de la ley autonómica 19/2014, de 29 de diciembre)".

En suma, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2020 resuelve que la regulación referida al procedimiento de reclamación previsto en la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, tiene carácter supletorio respecto de la regulación contenida en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, lo que faculta a los representantes electos de los entes locales a elegir cuál es el cauce que consideran más adecuado y útil para garantizar el derecho de acceso a la información pública, respecto de aquella documentación que consideren relevante para el ejercicio de sus funciones de representación política:

> "Por lo demás, en contra de lo que sostiene la Diputación recurrente, que invoca como respaldo de su tesis las resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que ya hemos mencionado, esta viabilidad de la reclamación prevista en el artículo 24 de la Ley 19/2013 no es fruto de ninguna técnica de 'espigueo' normativo sino consecuencia directa de las previsiones de la propia Ley de Transparencia y Buen Gobierno, en la que, como hemos visto, se contempla su aplicación supletoria incluso en aquellos ámbitos en los que existe una regulación específica en materia de acceso a la información, y, de otra parte, se establece que la reclamación prevista en la normativa sobre transparencia y buen gobierno sustituye al recurso de alzada allí donde estuviese previsto (lo que no es el caso del ámbito local al que se refiere la presente controversia), dejando en cambio a salvo la posible coexistencia de dicha reclamación con el recurso potestativo de reposición".

En la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2022 (RC3060/2020; ponente: Bandrés Sánchez-Cruzat), resolviendo el caso "Ayuntamiento Las Torres de Cotillas", se enjuiciaba la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que desestimó el recurso contencioso-administrativo planteado contra la resolución del presidente del Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia, que inadmite, por falta de competencia y legitimación pasiva, la reclamación efectuada contra la denegación presunta de la solicitud formulada ante el Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas, referida al acceso y copia del Acta de la mesa de negociación entre los representantes del personal y los de la Administración municipal.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia fundamentaba la decisión de desestimar el recurso contencioso-administrativo con base en el argumento de que el Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia no tiene más competencias, facultades o atribuciones que las que le han sido atribuidas por la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Se expone que en el artículo 5 de la citada Ley se determina el ámbito subjetivo de aplicación de la norma, no incluyendo a las corporaciones locales, por lo que, en virtud del principio de legalidad, no resulta aplicable la técnica de autoatribución de potestades cuando no están expresamente amparadas en norma legal alguna.

Se razonaba que, aunque el Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia carece de competencia para resolver las reclamaciones a las que se refiere el artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en relación con las corporaciones locales, ello no supone indefensión, pues frente al silencio del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas puede el solicitante interponer recurso potestativo de reposición, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, o bien acudir directamente a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El Tribunal Supremo revoca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, partiendo del carácter básico de la normativa reguladora del procedimiento de reclamación que cabe instar ante el Consejo estatal de Transparencia y Buen Gobierno o ante los organismos de control que se creen en las comunidades autónomas, que constituye un cauce procedimental potestativo previo a emprender la vía jurisdiccional contencioso-administrativa,

que persigue reforzar las garantías del derecho de acceso a la información pública.

La determinación constitucional de garantizar a todos los administrados un tratamiento común ante las Administraciones públicas, permite al Tribunal Supremo entender que no cabe que los ciudadanos de una determinada comunidad autónoma sean privados de la facultad de formular reclamaciones contra aquellas resoluciones de los entes locales pertenecientes al ámbito territorial de la comunidad autónoma, adoptadas en materia de acceso a la información pública, ya que asumir dicha asimetría procedimental supondría una flagrante vulneración de los artículos 149.1.1 y 149.1.18 de la Constitución:

> "En este sentido, cabe significar que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, expuesto en la mencionada sentencia 104/2018, permite deducir con claridad que tanto el alcance subjetivo y objetivo sobre el que se proyecta el derecho de acceso a la información pública de la ley estatal, que evidencia un extenso desarrollo del principio constitucional de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos garantizado en el artículo 105 b) de la Constitución, como del propio procedimiento impugnatorio articulado ante el Consejo de transparencia estatal o ante el correspondiente Consejo Autonómico, tienen el carácter de normas básicas, al corresponder al Estado la competencia exclusiva para regular las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas así como el procedimiento administrativo común. Siendo el objeto de esta regulación reforzar la transparencia de la actividad administrativa y ampliar los instrumentos de control puestos a disposición de los ciudadanos para hacer efectivo la tutela de este derecho, no resulta coherente, desde la perspectiva constitucional y desde el prisma de la lógica de la acción administrativa de control, que dicho sistema pueda originar disfunciones en orden a la protección del derecho, que se revelen contrarias a la exigencia de garantizar un tratamiento común de los administrados frente a la totalidad de las Administraciones públicas que ejercen su actividad en un determinado territorio".

El Tribunal Supremo, siguiendo la jurisprudencia constitucional expuesta en las sentencias 181/2012 y 132/2013, considera que la aparente contradicción entre la regulación contenida en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en lo referente a la determinación de la competencia del Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia para conocer de las reclamaciones

planteadas contra los entes locales en materia de derecho de acceso a la información pública, no resulta insalvable.

La sentencia del Tribunal Supremo sostiene que por vía interpretativa, desde una perspectiva integradora de la normativa estatal con la normativa autonómica, cabe inferir que el legislador estatal ha establecido un modelo regulatorio común de las reclamaciones formuladas contra los actos denegatorios de acceso a la información adoptados por los entes locales, que impide que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal o los consejos de transparencia de las comunidades autónomas puedan abdicar de sus potestades de control de la actividad de los entes locales en esta materia, creando espacios exentos de control que diluyan la protección debida de este derecho.

El Tribunal Supremo, en la posición de Tribunal de instancia, estima el recurso contencioso-administrativo reconociendo el derecho de acceder a la información pública solidaria ante el Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas, tras fijar la doctrina referida a que la normativa reguladora del derecho de acceso a la información pública establecida en la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en lo referente al ámbito subjetivo y objetivo de aplicación, la estructura del procedimiento de impugnación y, específicamente, del procedimiento de reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno o ante los consejos de transparencia que instituyan las comunidades autónomas, así como las reglas de colaboración entre estos organismos de control, tiene carácter de legislación básica, al adoptarse al amparo del artículo 149.1.1 y 1.18 de la Constitución. En cuanto persigue garantizar un tratamiento común de los administrados ante todas las Administraciones públicas en esta materia, condiciona de forma vinculante la normativa de desarrollo que adopten las comunidades autónomas.

También se precisa, con la finalidad de resolver la cuestión que presentaba interés casacional para la formación de jurisprudencia, que el artículo 5 de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que delimita el ámbito subjetivo de aplicación de la norma autonómica, debe integrarse, de conformidad con la cláusula de supletoriedad del derecho estatal contenida en el artículo 149.3 de la Constitución, con el artículo 2 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de modo que el Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia debe conocer de las reclamaciones formuladas contra resoluciones expresas o presuntas denegaciones del derecho de acceso a la información pública dictadas por las entidades que integran la Administración local radicadas en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Murcia, salvo que la Comu-

nidad Autónoma acuerde mediante ley atribuir la competencia de resolución al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal, en los términos del apartado 2 de la disposición adicional cuarta de la citada Ley estatal.

Resulta relevante precisar que tanto en el proceso de instancia, seguido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, como en el debate casacional suscitado ante el Tribunal Supremo, la defensa letrada del representante sindical pedía insistentemente que se plantease cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, al entender que la omisión en que incurrió la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, al excluir del ámbito subjetivo de aplicación de la regulación de transparencia y participación ciudadana a las corporaciones locales, contravenía la legislación básica del Estado contenida en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y el principio de igualdad ante la ley, en la medida en que impedía que los ciudadanos de la Región de Murcia ejercieran el derecho a reclamar con la denegación del acceso a la información imputable a los entes locales.

En el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que se propugnaba no se expuso ningún argumento acerca de si era legítima, desde la perspectiva de la legalidad constitucional, la decisión del legislador de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de restringir el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley propia de transparencia al ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma, por ser plenamente respetuosa con la garantía institucional del principio de autonomía local.

En todo caso, el Tribunal Supremo decide que no era pertinente plantear cuestión de inconstitucionalidad acerca de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional establecida en la sentencia 104/2016, de 4 de octubre, y de la propia doctrina del Tribunal Supremo (STS de 7 de marzo de 2022), al entender que el legislador estatal ha establecido un modelo común del régimen jurídico de las reclamaciones ante los organismos de transparencia, que, por su carácter de norma básica, condiciona la actividad legislativa de las comunidades autónomas, con la exposición de los siguientes considerandos jurídicos:

> "En efecto, partiendo como premisa del carácter básico de la normativa reguladora del procedimiento de reclamación que cabe instar ante el Consejo Estatal de Transparencia y Buen Gobierno o ante los Organismos de control que se creen en las Comunidades Autónomas, que constituye un cauce procedimental potestativo previo a emprender la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, que persigue reforzar las garantías

del derecho de acceso a la información pública, y que se ampara en el título competencial que ostenta el Estado para regular las bases de régimen jurídico de las Administraciones Públicas con el fin de garantizar a los administrados un tratamiento común ante estas, tal como se infiere de la sentencia del Tribunal Constitucional 104/2018, de 4 de octubre, ello nos lleva a entender, que no cabe que los ciudadanos de una determinada Comunidad Autónoma carezcan de la facultad de formular reclamaciones contra aquellas resoluciones de los Entes locales pertenecientes al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma adoptadas en materia de acceso a la información pública, ya que asumir dicha asimetría procedimental supondría una flagrante vulneración de los artículos 149.1.1 y 149.1.18 de la Constitución.

En este sentido, cabe significar que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, expuesto en la mencionada sentencia 104/2018, permite deducir con claridad que tanto el alcance subjetivo y objetivo sobre el que se proyecta el derecho de acceso a la información pública de la ley estatal, que evidencia un extenso desarrollo del principio constitucional de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos garantizado en el artículo 105 b) de la Constitución, como del propio procedimiento impugnatorio articulado ante el Consejo de transparencia estatal o ante el correspondiente Consejo Autonómico, tienen el carácter de normas básicas, al corresponder al Estado la competencia exclusiva para regular las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas así como el procedimiento administrativo común. Siendo el objeto de esta regulación reforzar la transparencia de la actividad administrativa y ampliar los instrumentos de control puestos a disposición de los ciudadanos para hacer efectivo la tutela de este derecho, no resulta coherente, desde la perspectiva constitucional y desde el prisma de la lógica de la acción administrativa de control, que dicho sistema pueda originar disfunciones en orden a la protección del derecho, que se revelen contrarias a la exigencia de garantizar un tratamiento común de los administrados frente a la totalidad de las Administraciones públicas que ejercen su actividad en un determinado territorio.

Por ello, siguiendo la jurisprudencia constitucional expuesta en las sentencias 181/2012 y 132/2013, consideramos que la aparente contradicción entre la regulación contenida en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en lo referente a la determinación de la competencia del Con-

sejo de la Transparencia de la Región de Murcia para conocer de las reclamaciones formuladas contra los Entes locales en materia de derecho de acceso a la información pública, no resulta insalvable puesto que entendemos que por vía interpretativa, desde una perspectiva integradora de la normativa estatal con la normativa autonómica, cabe inferir que el legislador estatal ha establecido un modelo regulatorio común de las reclamaciones formuladas contra los actos denegatorios de acceso a la información adoptados por los Entes locales, que impide que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno Estatal o los Consejos de Transparencia de las Comunidades Autónomas puedan abdicar de sus potestades de control de la actividad de los Entes locales en esta materia, creando espacios exentos de control que diluyan la protección debida de este derecho".

La sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2022 (RC 5615/2020; ponente: Bandrés Sánchez-Cruzat), resolviendo el caso "Ayuntamiento de Bilbao", enjuicia el recurso de casación interpuesto por la mencionada corporación local contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que estimó el recurso contencioso-administrativo promovido por el Abogado del Estado, asumiendo la representación y defensa de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, contra los Acuerdos del Concejal Delegado del Área de Planificación Urbana del Ayuntamiento de Bilbao de 14 y 16 de marzo de 2016, que resolvieron ordenar la interrupción de los procedimientos iniciados a instancia de Almudena Pérez Palomares, Pizza Restaurante S.L. y Starbucks Coffee España S.L., relativos a licencias de obras para la habilitación de distintos locales como nuevos establecimientos de hostelería en Bilbao, así como contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Bilbao de 24 de febrero de 2016, por el que se resuelve dejar en suspenso cautelarmente y por un periodo máximo de un año el otorgamiento de licencias y la validez habilitante de las comunicaciones previas, para la implantación de nuevos establecimientos de hostelería en todo el ámbito de la Ordenanza n.º 7, y contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Bilbao de 20 de julio de 2016, por el que se acuerda el levantamiento parcial de la suspensión de licencias para nuevos establecimientos de hostelería en dicho municipio, excluyéndose del beneficio del levantamiento de suspensión de licencias a una determinada subcategoría de establecimientos hosteleros (subgrupo II-D) regulada en el artículo 3 de la Ordenanza Local sobre Establecimientos de Hostelería de 26 de febrero de 2015, así como a todos los establecimientos del Grupo II que se encuentren en tramos densificados, corredores comerciales y sendas urbanas.

La sentencia de la Audiencia Nacional declaró la nulidad de los acuerdos impugnados, por cuanto habían establecido limitaciones y obstáculos al ejercicio de la actividad económica en el sector de la hostelería sin estar justificados en los principios de necesidad, interés general y proporcionalidad recogidos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, y en la consideración de que dichos acuerdos, que comportaban la suspensión del otorgamiento de licencias urbanísticas para el establecimiento de nuevas instalaciones con uso hostelero, se habían adoptado sin analizar la posible existencia de otros medios menos restrictivos que podían igualmente alcanzar la protección del interés general pretendido de garantizar la calidad del entorno urbano y el medio ambiente.

Tal como se habría fijado en el auto de admisión del recurso de casación, el Tribunal Supremo debía determinar si era compatible la suspensión del otorgamiento de licencias derivada de la aprobación inicial del Plan en los ámbitos afectados por la modificación, impuesta por el artículo 85.3 de la Ley vasca 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo (LSU), con la exigencia de motivación individualizada de dicha suspensión, en base al artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM); así como precisar, en el caso de que se considerase que no era compatible, si un juez o tribunal podía inaplicar dicho precepto legal autonómico –u otros de contenido similar– sin plantear previamente la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

La posición del Ayuntamiento de Bilbao para sustentar el recurso de casación se basaba en el argumento relativo a que la Audiencia Nacional habría incurrido en error de derecho al inaplicar la legislación urbanística de la Comunidad Autónoma del País Vasco, sin tener en cuenta el carácter autonómico de la regulación de la suspensión cautelar de licencias derivada de la aprobación inicial de un plan urbanístico, que ha constituido un principio general del derecho urbanístico estatal y autonómico, y sin tomar en consideración que, respecto a su adopción, la Administración no tienen margen de discrecionalidad.

También se reprochaba a la Audiencia Nacional que no hubiese planteado cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 85.3 de la Ley de Suelo y Urbanismo del País Vasco, si consideraba que dicho precepto era incompatible con la regulación establecida en el artículo 5 de la Ley estatal 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que prevé que cuando las autoridades competentes establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán motivar su necesidad en aras de

la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general y, asimismo, justificar que la medida adoptada es proporcionada.

El Tribunal Supremo no comparte la tesis del Ayuntamiento de Bilbao. En el caso enjuiciado –se razona– no nos encontramos ante el supuesto de hecho de la aprobación inicial de un plan urbanístico, sino de modificación de una Ordenanza municipal que regula la actividad de hostelería, por lo que sí que cabe exigir que el Ayuntamiento –tal como había manifestado la sentencia de instancia– realice un análisis previo –antes de adoptar los acuerdos de suspensión de licencia y de paralización de los procedimientos en tramitación– que justifique motivadamente que concurre alguna razón imperiosa de interés general, como pueda ser la protección de la calidad del entorno urbano o del medio ambiente.

Se pone de relieve en la sentencia del Tribunal Supremo que el pronunciamiento de la Audiencia Nacional se sustenta en una sólida fundamentación, pues se basa en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de marzo de 2011 (Asunto C-400/08), que advierte que las restricciones que puedan imponerse a la libertad de establecimiento deben basarse en una razón imperiosa de interés general (entre las que cabe invocar la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente), exigiendo de las autoridades competentes que justifiquen que las medidas limitadoras resultan apropiadas y necesarias para lograr el objetivo legítimo perseguido.

Al respecto, se subraya en la sentencia del Tribunal Supremo que la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea vincula de forma directa a los tribunales de justicia de los Estados miembros, que están obligados a aplicar e interpretar la legislación nacional conforme a los principios de la normativa comunitaria europea, en relación con aquellas materias afectadas por el derecho de la Unión Europea, así como a la referida jurisprudencia.

Se fija como doctrina jurisprudencial que la Administración incumple las obligaciones que le incumben en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, cuando, con ocasión de la tramitación del procedimiento de modificación o revisión de una ordenanza municipal, adopta un acuerdo de suspensión cautelar del otorgamiento de licencias sin ponderar si las limitaciones impuestas al desarrollo de actividades económicas pueden justificarse por razones imperiosas de interés general vinculadas con el interés público referido a garantizar la calidad del entorno urbano o la protección del medio ambiente, y sin comprobar ni verificar que tal medida resulta acorde con los principios de necesidad y proporcionalidad.

La penetración del régimen jurídico regulador de las libertades económicas establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y,

entre otras normas, en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, determina que cualquier decisión que adopten las autoridades administrativas competentes que pueda suponer un obstáculo o restricción al libre acceso a las actividades económicas o a su ejercicio deba someterse a los principios de necesidad y proporcionalidad, al principio de eficacia nacional y al principio de no discriminación.

Esta obligación también incumbe al legislador estatal y a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, pues, en virtud del principio de primacía del derecho de la Unión Europea y del efecto útil que impregna la aplicación de la normativa comunitaria europea, tienen el deber jurídico de explicar, en la exposición de motivos de aquellas leyes que limiten el ejercicio de una actividad económica o restrinjan la libre prestación de servicios, en qué medida la normativa adoptada se ajusta a los citados principios de necesidad y proporcionalidad, por cuanto únicamente cabe imponer dichas medidas cuando se demuestre que obedecen a una razón imperiosa de interés general.

2
Directrices jurisprudenciales del Tribunal Supremo relativas a los entes locales

2.1
Gobierno local y estatuto de los concejales

2.1.1
El derecho de los concejales a presentar enmiendas a los presupuestos municipales en los plenos de la corporación forma parte consustancial del ejercicio del cargo de representación pública [STS de 9 de febrero de 2022 (RC 2677/2021)]

La sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2020 (RC 2677/2011; ponente: Requero Ibáñez), resolviendo el caso “Ayuntamiento Hoyo de Manzanares”, fija doctrina sobre el alcance y contenido del estatuto jurídico de los concejales electos de un ayuntamiento en el ámbito del reconocimiento de los derechos de participación política garantizados por el artículo 23.2 de la Constitución.

La sentencia aborda la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en determinar si la decisión de no dar trámite (admitir, deliberar y votar) a una enmienda parcial

del presupuesto presentada por un grupo de concejales al inicio de la sesión plenaria de aprobación del presupuesto municipal, adoptada por el alcalde, representaba una vulneración del derecho de participación consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución.

El Tribunal Supremo, que revoca la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, considera que el Ayuntamiento de Hoyo de Manzanares vulneró el artículo 23.2 de la Constitución porque ha privado a un grupo de concejales de la oposición de poder debatir y votar en las sesiones plenarias de la corporación una enmienda parcial presentada a los presupuestos municipales, lo que supone frustrar el derecho de participación política, que dimana de su condición de representantes de la ciudadanía, así como menoscaba el derecho de los vecinos a conocer las razones de su estimación o rechazo.

El Tribunal Supremo, en esta modélica sentencia, por su claridad expositiva, sintetiza la doctrina del propio alto tribunal que considera relevante en relación con el estatuto de los concejales, en los siguientes términos:

> "Es cuestión pacífica que el artículo 23.2 de la Constitución proclama un derecho fundamental de configuración legal, por lo que habrá que estar a su regulación sectorial para advertir cuándo la infracción de esa normativa tiene relevancia constitucional.
>
> 2. También es cuestión pacífica que, en el ámbito del régimen local, forma parte del *ius in officium* de los concejales la posibilidad de presentar enmiendas, lo que supone ejercer un derecho político consustancial al carácter representativo del cargo, integrado así en el contenido esencial del artículo 23.2 de la Constitución.
>
> 3. La configuración legal de ese derecho fundamental la encontramos, en cuanto al régimen de la presentación de enmiendas en general y respecto del presupuesto municipal en especial, en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL), en la LRHL y en el ROF, normas ya citadas.
>
> 4. De esa normativa se deduce que el proyecto o propuesta de presupuesto municipal lo forma el Alcalde y lo remite al Pleno para su aprobación, enmienda o devolución con informe de la Intervención (artículo 168.4 de la LRHL). El orden del día del Pleno lo fija el Alcalde, la regla general es que en él se incluyan los puntos objeto de debate, puntos que antes se han sometido a dictamen, informe o consulta de la Comisión Informativa (artículo 82.2 del ROF), salvo las excepciones que no son del caso.
>
> 5. De haber debate en el Pleno sobre un punto del orden del día, lo ordena el Alcalde en los términos del artículo 94.1 del ROF, los concejales pueden intervenir mediante alguna de las formas que prevé el artículo 97

del ROF y una de ellas es presentando enmiendas, entendiéndose por tal '[…] la propuesta de modificación de un dictamen o proposición presentada por cualquier miembro, mediante escrito presentado al Presidente antes de iniciarse la deliberación del asunto'.

6. Las enmiendas deben guardar relación con un punto del orden del día y la normativa citada no prevé un plazo para su presentación como tampoco que, en caso de enmiendas a la propuesta de presupuesto, sean previamente informadas, dictaminadas o sometidas a previa consulta de la Comisión Informativa; tampoco que deban serlo por la Intervención, ahora bien, el Alcalde puede ordenar que los funcionarios de la Secretaría e Intervención intervengan en el Pleno para el 'asesoramiento técnico o aclaración de conceptos' y añádase que la propia Intervención puede intervenir de oficio si advierte que se debaten cuestiones que presenten dudas de legalidad o con repercusión presupuestaria (artículo 94.3 del ROF).

7. Estas reglas son las generales en cuanto a las formalidades que rigen la presentación y tramitación de enmiendas, pero pueden modularse en cada municipio según lo que prevea su reglamento orgánico [cfr. artículo 22.2.d) de la LRBRL]".

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid mantenía, desconsiderando que el caso versaba sobre el reconocimiento del alcance del derecho fundamental de participación política, que exige que las normas reguladoras del proceso democrático se interpreten en todo caso conforme al principio *pro libertatis*, que la decisión del alcalde de inadmitir la enmienda a los presupuestos municipales infringió la normativa aplicable, al exigir unos requisitos que no se deducen de la misma, pero que esa infracción no tenía relevancia constitucional, basándose en el criterio de que no toda infracción procedimental implica inexorablemente la anulación del acto infractor.

De ello deduce que, en este supuesto, la infracción cometida no tendría alcance anulatorio, si pese a ello al administrado no se le ha privado, de hecho, de actuar o alegar pese a la infracción del trámite, luego no se produce esa consecuencia anulatoria al no habérsele causado el efecto antijurídico que la norma infringida pretende evitar: habrá infracción formal, pero no material.

Frente a esta tesis, el Tribunal Supremo sostiene que no se trata de que el contenido de la enmienda aflore en el debate ni de que hubiera una votación implícita, pues la cuestión es que el derecho a presentar enmiendas tiene sustantividad propia, que la enmienda es una forma de intervenir en un debate (*cfr*. artículo 97.5 del ROF), de manera que la sustantividad formal y material que implica una enmienda, como forma de discrepar, es merecedora de trami-

tarse y debatirse como tal enmienda, luego objeto de un debate en el que sea su objeto, como también de votación específica en el pleno.

Además –advierte el Tribunal Supremo–, al menos dos de los concejales no pudieron votar en concreto sobre la enmienda y su discrepancia se ciñó a votar en contra de la propuesta de presupuestos. Asimismo, los ciudadanos allí presentes o los que accedieron a la grabación del pleno, nunca supieron por qué la mayoría habría rechazado la enmienda, por lo que se deduce que la infracción no fue meramente formal, sino que afectó negativamente al contenido que singulariza el derecho de enmienda.

La sentencia del Tribunal Supremo refuerza la posición institucional del ayuntamiento, que no puede considerarse solo como un mero órgano administrativo, en cuanto hace realidad el pluralismo político, por lo que cualquier vulneración de las reglas procedimentales que rigen su organización y funcionamiento debe considerarse que tiene entidad y sustantividad para merecer el reproche anulatorio por su carácter antijurídico:

> "En la Administración municipal, y como corporación, el Pleno es un órgano administrativo, cierto, pero es algo más que un órgano administrativo entendiendo por tal una unidad de actuación o ejecución dentro de esa Administración. Lo que le caracteriza y singulariza como órgano administrativo es que hace realidad el pluralismo político, luego el principio democrático al que también se refieren los recurrentes y es esa vocación la que hace que el derecho de enmienda gane su especial sustantividad.
>
> De esta manera no puede admitirse sin matiz la regla según la cual carecen de alcance anulatorio las eventuales infracciones meramente formales que no causen perjuicio material o real. Tal criterio, inspirado en razones de economía procedimental y eficacia, valdrá fundamentalmente para órganos administrativos que, dentro de una Administración, asuman funciones puramente ejecutivas o decisorias. Ahora bien, ese planteamiento no puede trasladarse sin más al Pleno, singularizado porque aúna la naturaleza de órgano administrativo, decisorio y ejecutivo, con la de órgano soberano de representación política en el que sus miembros ejercen funciones de control político y debate, funciones que integran su *ius in officium*.
>
> Por tanto, en las sesiones de este órgano administrativo el ejercicio del derecho de presentar enmiendas no puede entenderse como una regulación procedimental cuya infracción sea sin más subsanable, porque hay aspectos que no lo son. Así, inadmitida la enmienda se debatió la propuesta de presupuesto y los ahora recurrentes expusieron su discrepancia pero no como enmienda; además, se sustrajo al resto de concejales la posibilidad de debatirla y votarla, pero no sólo eso: se impidió a los vecinos

allí presentes –o a los que quisieron seguirlo por medios videográficos– conocer por qué sería rechazable la enmienda o si hubo algún concejal –si es que fue el caso– que votó contra la propuesta de presupuestos pero que tampoco habría apoyado la enmienda".

2.1.2
El alcalde no puede obstaculizar el derecho a la información de los concejales de la oposición condicionándolo a que la documentación requerida esté relacionada con los asuntos que se van a tratar en el pleno [STS de 10 de febrero de 2022 (RC 681/2021)]

La sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2022 (RC 681/2021; ponente: Fonseca-Herrero Raimundo), resolviendo el caso "Ayuntamiento de Castañeda", fija como doctrina que el alcalde no puede condicionar el acceso a la documentación solicitada por un concejal a que la documentación solicitada esté relacionada con los asuntos que se van a tratar en el pleno, porque esa negativa constituye una infracción del derecho de los concejales a la información que reconoce el artículo 77 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, así como de los artículos 14, 15 y 16 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de los Entes Locales y del artículo 23 de la Constitución.

La sentencia del Tribunal Supremo revoca la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que habría entendido de forma excesivamente restrictiva el derecho de información de los concejales, al exigir que estos deben probar que la documentación solicitada estuviese necesariamente referida a hechos que vayan a ser tratados en los plenos municipales.

Para el Tribunal Supremo, el razonamiento expuesto en la sentencia impugnada no tiene encaje en el artículo 77 LBRL ni en el artículo 14 ROF, partiendo de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la propia Sala del Alto Tribunal, que resaltan que el núcleo básico del derecho fundamental de participación política inherente al cargo de concejal, integra el derecho a obtener cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la corporación municipal y fueren precisos para el desarrollo de su función.

A tal efecto, se recuerda la doctrina del Tribunal Supremo, que fija los contornos del ejercicio del derecho de acceso a la información de los concejales, en los siguientes esclarecedores términos:

"En torno al significado, alcance y relevancia constitucional del derecho de los concejales a acceder a la documentación necesaria para el desem-

peño de sus funciones, existe una copiosa jurisprudencia de la que son exponente las sentencias de esta Sala de 28 de noviembre de 2008 (casación 1133/2005), la sentencia 4 de junio de 2007 (casación 3505/02) y las que en ella se citan de 14 de abril de 2000 (casación 512/1996), 17 de noviembre de 2000 (casación 3973/1996), 27 de noviembre de 2000 (casación 4666/1996) y 30 de noviembre de 2001 (casación 8032/1997).

La finalidad del derecho de acceso a la información del concejal es el normal ejercicio de sus funciones con el debido conocimiento de causa, pero sin añadir ningún otro complemento que exceda del fin de estar plenamente informados de todo lo que conste en los diversos servicios municipales, tal y como señala la ya citada STS de 19 de julio de 1989 (recurso de apelación 303/1989) al afirmar que 'Indicado el núcleo sustancial del derecho que corresponde a los concejales, en relación con el tema que nos ocupa observamos que el mismo supone una facultad de acceder a la documentación e información existente, de forma que su actividad en el Ayuntamiento pueda desarrollarse con el debido conocimiento de causa, pero sin añadir ningún otro complemento que exceda del fin de poder estar plenamente informado de todo lo que conste en los diversos servicio municipales'.

Se ha dicho en STS de 8 de noviembre de 1998 (ROJ: STS 7847/1988 – ECLI:ES:TS:1988:7847), y ahora reiteramos, que esa participación efectiva en la actuación pública se manifiesta en una amplia gama de asuntos concretos entre los que cabe destacar el derecho de fiscalización de la actuaciones municipales y al control, análisis, estudio e información de los antecedentes necesarios, obrantes en los servicios municipales, tanto para esa labor de control como para documentarse con vista a decisiones a adoptar en el futuro.

Lo que es cierto es que ninguna de las sentencias dictadas, de las que las anteriores son meramente ejemplificativas, ha considerado válido que el derecho de obtener información puede quedar condicionado a que los datos que se quieren obtener tengan que estar relacionados con los que van a ser tratados en los Plenos municipales y, por tanto, menos aún con los que vayan a celebrarse en un determinado mes, que es lo que la sentencia impugnada admite para denegar la vulneración del derecho fundamental denunciada y que se imputaba al Ayuntamiento de Castañeda (Cantabria).

Antes al contrario, la STS de 28 de mayo de 1997 (ROJ: STS 3745/1997 – ECLI:ES:TS:1997:3745), dictada en recurso de casación 4383/1994, afirmaba que 'si bien es cierto que la Ley vincula el derecho a la información de los Concejales a que su utilización tenga por finalidad el desarrollo de su función, sin embargo ni ésta queda limitada al estudio de los asuntos

que figuren en el orden del día de los órganos de gobierno ni desde luego es ajena a la misma el examen de la documentación que considere precisa para preparar sus intervenciones o procurar que se introduzcan nueva cuestiones a debate'".

En este contexto hermenéutico derivado del artículo 23.2 de la Constitución, el Tribunal Supremo considera que en este caso no se aprecia que concurra alguna circunstancia que pudiera evidenciar un ejercicio abusivo del derecho a la información, por lo que la decisión del alcalde del Ayuntamiento de Castañeda se revela contraria al derecho fundamental de participación política.

"De ello deriva que el Alcalde proporcionó una respuesta genérica a la petición que hemos trascrito, imprecisa y vaga respecto de lo solicitado, y que esa respuesta ha sido concretada y dada, en buena parte, en el escrito de contestación a la demanda. Del examen de esta respuesta claramente se desprende que, pese al posicionamiento de la contestación a la demanda, no existía ningún tipo de impedimento grave que dificultase el acceso inmediato a lo solicitado o la respuesta impeditiva a la documentación del último apartado de la petición realizada. Desde luego no se evidencia la imposibilidad material de dar esa información concreta en los términos legalmente fijados y tampoco que el hacerlo hubiese conllevado una grave afectación para la prestación de los servicios municipales, máxime cuando no se acredita la existencia previa de otra información que facilitar en el momento de la petición, a mayores de las dos que ya se respondían y que tampoco parecían entrañar dificultad excesiva. En relación con este último aspecto, diremos que no es admisible que se 'engorde' la situación con la afirmación de una aparente actuación abusiva del concejal por peticiones efectuadas en los años 2018 y 2019, por cierto, en número que no parece excesivo (unas 45 peticiones de media al año, que representan una petición a la semana)".

2.1.3
El alcalde no dispone de discrecionalidad para dejar de incluir los puntos que quedaron pendientes de un pleno ordinario anterior que fue suspendido en el orden del día de la convocatoria del pleno siguiente, aunque este fuere extraordinario [STS de 16 de junio de 2022 (RC 3226/021)]

La sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2022 (RC 3225/2021; ponente: Díez-Picazo Giménez), resolviendo el caso "Ayuntamiento de Leganés", responde a la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la forma-

ción de jurisprudencia consistente en precisar si vulnera el derecho fundamental a participar en los asuntos públicos (art. 23 de la CE) la inclusión por el alcalde en sesión extraordinaria del pleno de parte y no de todos los asuntos pendientes de debate en sesión ordinaria suspendida, infringiendo así el principio de unidad de acto del artículo 87 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, debiendo interpretar, a tal efecto, los artículos 14 y 23 de la Constitución, el citado artículo 87 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, y su equivalente artículo 75 del Reglamento Orgánico del Ayuntamiento de Leganés de 27 de febrero de 2009, y los artículos 46, 21.1 y 124.4 de la Ley 7/1985, de 7 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

El Tribunal Supremo, en esta sentencia, censura la actuación del alcalde del Ayuntamiento de Leganés por "erosionar los instrumentos que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los concejales de la oposición al excluir del orden del día de un Pleno extraordinario, convocado tras la suspensión del Pleno ordinario anterior, puntos pendientes referidos a las interpelaciones y mociones presentadas por dichos miembros de la Corporación".

El letrado municipal que asume la defensa jurídica del Ayuntamiento de Leganés había sostenido, en el escrito de interposición del recurso de casación presentado contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que habría que tener en cuenta que existe una diferencia relevante entre los plenos ordinarios y los plenos extraordinarios, pues la convocatoria y la fijación del orden del día de estos últimos es una facultad exclusiva del alcalde; algo que no ocurre con los plenos ordinarios, en que es preceptivo incluir las interpelaciones y mociones provenientes de la oposición municipal.

También argumentaba que la oposición no queda desprotegida, ya que basta la petición de una cuarta parte de los concejales para forzar la convocatoria de un pleno, llamando así la atención sobre el hecho de que el demandante no hiciera uso de esta posibilidad, a fin de combatir las omisiones que reprocha al orden del día del pleno extraordinario.

Partiendo de lo dispuesto en el artículo 87 del ROF, que establece que toda sesión, sea ordinaria o extraordinaria, habrá de respetar el principio de unidad de acto y se procurará que termine en el mismo día de su comienzo, y prevé que, si esta terminare sin que se hubiesen debatido y resuelto todos los asuntos incluidos en el orden del día, el presidente podrá levantar la sesión, y en este caso los asuntos no debatidos habrán de incluirse en el orden del día de la siguiente sesión, disponiendo que durante el transcurso de la sesión el presidente podrá acordar interrupciones a su prudente arbitrio, para permitir

las deliberaciones de los grupos por separado sobre la cuestión debatida, o para descanso de los debates, el Tribunal Supremo considera que de esta norma se desprende que es obligatorio que las sesiones plenarias se desarrollen sin solución de continuidad y, si es posible, en un mismo día. Como complemento de esta obligación, se hace una previsión para el supuesto –seguramente concebido como excepcional– de que deban dejarse puntos del orden del día sin tratar: si ello ocurre, deben ser incluidos en "la siguiente sesión" del pleno. La finalidad de todo ello es, sin duda alguna, evitar que la discusión de los asuntos pueda demorarse. Si algo se ha introducido en el orden del día del pleno, por iniciativa del Gobierno o de la oposición municipales, se entiende que es por revestir interés para la colectividad. Y nadie ignora que los problemas, en especial cuando son políticamente controvertidos, ven atenuada su repercusión en la opinión pública cuando su discusión se demora. En democracia es importante que los temas polémicos sean debatidos por los responsables políticos en su momento, no semanas o meses más tarde.

Para el Tribunal Supremo, el alcalde no dispone de discrecionalidad para dejar de incluir puntos del orden del día que quedaron pendientes, por lo que concluye que el incumplimiento de lo ordenado en el artículo 87 del ROF supone una quiebra del *ius in officium* que garantiza el artículo 23.2 de la Constitución:

> "A estas consideraciones cabe añadir que el art. 87 del ROF no distingue entre Plenos ordinarios y Plenos extraordinarios, sino que se limita a ordenar que los puntos pendientes sean incluidos en 'la siguiente sesión'. Esta falta de diferenciación tiene sentido, pues se trata de no posponer *sine die* un debate que habría debido ya producirse. De aquí que, si el siguiente Pleno a aquél en que quedaron puntos pendientes es extraordinario por haberlo convocado así el Alcalde, éste no disponga de discrecionalidad para dejar de incluir aquellos puntos en el nuevo orden del día. La prioridad debe ser concluir lo que se dejó sin hacer.
>
> Eludir el cumplimiento de lo ordenado por el art. 87 del ROF so pretexto de que el siguiente Pleno es extraordinario equivale, así, a menoscabar las facultades de los Concejales. Este menoscabo se ve acentuado cuando lo que se deja de incluir son interpelaciones y mociones provenientes de la oposición, cuyos proponentes tienen derecho a que sean abordadas sin demora. La infracción reglamentaria, en este sentido, supone una quiebra del *ius in officium* garantizado por el art. 23 de la Constitución. Y a este respecto no es determinante, contrariamente a lo argumentado por el Ministerio Fiscal, que la decisión del Alcalde de excluir ciertos puntos pendientes del orden del día no pueda ser tachada de fraudulenta o torticera.

En efecto, sólo en sentido puramente formal puede decirse que el Pleno convocado para el día 20 de noviembre de 2019 fue extraordinario; y ello porque los puntos incluidos en su orden del día eran algunos –no todos– de los que habían quedado pendientes tras la suspensión del Pleno ordinario de seis días antes. La verdad material es que se trató de una continuación del Pleno suspendido, por lo que toda la argumentación del Letrado del Ayuntamiento de Leganés sobre la diferencia entre Plenos ordinarios y extraordinarios adolece, dadas las circunstancias del caso, de excesivo formalismo".

2.2
Competencias municipales: La competencia de los municipios en educación primaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 25.2 n) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, determina que asuman los gastos de conservación y mantenimiento del centro público cuando sea de su titularidad, sin perjuicio de lo que prevea la regulación sectorial [STS de 25 de noviembre de 2021 (RC 183/2020)]

La sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2021 (RC 183/2020; ponente: Requero Ibáñez), resolviendo el caso "Ayuntamiento de Malpartida de Plasencia", aclara si los municipios tienen la obligación de sufragar los gastos de conservación y mantenimiento de aquellos centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial cuya titularidad no ostentan y cuyo uso corresponde a otra Administración con competencia en materia educativa, interpretando, a tal efecto, la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, el artículo 25.2.n) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (tras la reforma operada por el artículo primero, apartado ocho de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local) y la disposición adicional decimoquinta de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

La sentencia del Tribunal Supremo casa la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, estima el recurso contencioso-administrativo planteado por el Ayuntamiento de Malpartida de Plasencia contra la resolución de la consejera de Educación y Empleo de la Junta de Extremadura, y declara la obligación de la Administración autonómica de sufragar los gastos de conservación y mantenimiento del CEIP Las Eras.

Los hechos que motivaron el conflicto en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura y el Ayuntamiento de Malpartida de Plasencia se exponen con claridad en el primer fundamento de la sentencia, que, aunque no puede ser objeto de revisión en la sentencia del recurso de casación (a salvo de la integración de hechos en los términos previstos en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), resulta de interés para comprender el fondo del litigio:

> "1º La Comunidad Autónoma de Extremadura ostenta la titularidad del Centro de Educación Infantil y Primaria (en adelante CEIP) Las Eras, sito en la localidad de Malpartida de Plasencia.
>
> 2º A raíz de desprenderse el 15 de noviembre de 2018 la celosía de la fachada frontal del edificio, la Junta de Extremadura informó a la Directora del CEIP que correspondía al Ayuntamiento esa reparación por tratarse de actuaciones de mantenimiento.
>
> 3º El arquitecto municipal informó que la actuación no era de mantenimiento sino de reparación, por lo que no le correspondía al Ayuntamiento asumirla ya que implicaba reparar un aspecto estructural del edificio.
>
> 4º A ese informe se añadió otro del secretario municipal, en el que se razonaba que al municipio sólo le corresponde la conservación y mantenimiento de los centros públicos que estén ubicados en edificios de su titularidad, salvo que una ley prevea lo contrario o se pacte. Así lo resolvió la Junta de Gobierno del Ayuntamiento, lo que rechazó la Junta de Extremadura dando lugar a los actos impugnados en la instancia.
>
> 2. Tanto en sede administrativa como judicial, el Ayuntamiento expuso que ya no le correspondía hacerse cargo de tal gasto conforme al artículo 25.2.n) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL), tras su reforma por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (en adelante, LRSAL), más la disposición adicional decimoquinta de esta ley. El artículo 25.2.n) prevé que los municipios son competentes para '[l]a conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial'.
>
> 3. La Junta de Extremadura lo rechazó en sede administrativa y judicial, alegando que la competencia para la conservación y mantenimiento no está vinculada a la titularidad del centro, luego corresponde a quien presta el servicio que es quien ejerce la labor de vigilancia.

Invoca para ello el primer inciso de la disposición adicional decimoquinta.2 de Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante, LOE), según la cual '[l]a conservación, el mantenimiento y la vigilancia de los edificios destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial, corresponderán al municipio respectivo'; tal precepto lo reproduce el artículo 190.3 de la ya citada Ley 4/2011, de 7 de marzo, de Educación de Extremadura".

El Tribunal Supremo corrige el criterio de la sentencia de instancia asumiendo la tesis argumental defendida por el Ayuntamiento de Malpartida de Plasencia, declarando como doctrina, teniendo en cuenta el complejo normativo que rige esta materia, que el artículo 25.2.n) de la LRBRL, como norma básica, prevé que son materia en la que los municipios ostentan competencia propia los gastos de conservación y mantenimiento de los centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial ubicados en edificios de su titularidad, sin perjuicio de lo que pueda prever la legislación sectorial.

Previamente a fijar esta doctrina, el Tribunal Supremo analiza rigurosamente la normativa sectorial en material de regulación del derecho a la educación y la normativa de régimen local en materia de competencias educativas, y las modificaciones introducidas en el complejo normativo que resulta aplicable en Extremadura, en los siguientes términos:

"7. A efectos del artículo 25.2 de la LRBRL, puede plantearse si la disposición adicional decimoquinta.2 de la LOE es esa legislación sectorial dentro de cuyos términos se ejercen las competencias propias, pero algo significará, alguna eficacia deberá tener la concreción hecha tras la LRSAL en el antiguo artículo 25.2 n) de la LRBRL: que del mero 'sostenimiento de centros docentes públicos', se pasa a 'conservación, mantenimiento y vigilancia' y no de los 'centros docentes' en general, sino de los centros públicos de educación infantil, primaria o especial y además concreta que esa competencia se refiere a los edificios no en general sino a los de 'titularidad local'. Es decir, incorpora la redacción de la disposición adicional decimoquinta.2 de la LOE, pero la concreta y ciñe esa competencia a los edificios de titularidad municipal.

8. Por tanto con el nuevo artículo 25.2.n) de la LRBRL los municipios, en todo caso, asumen la conservación y mantenimiento de los edificios de su titularidad, con lo que el precepto no se limita a identificar en términos amplios una materia, sino que avanza en su concreción. Tal concreción es coherente con lo pretendido con la LRSAL:

clarificar el reparto competencial e identificar una materia referida a la conservación y mantenimiento de edificios destinados a centros docentes en la forma más directamente relacionada con los intereses locales. En todo caso, el legislador estatal no hace una 'fijación detallada' en perjuicio del legislador autonómico a la que se refieren las sentencias del Tribunal Constitucional 214/1989 y 159/2001, pues cabe incidir en la materia mediante las posibilidades que ofrece los artículos 7.4 y 27 de la LRBRL.

9. Esto explica que la Junta de Extremadura alegue que se ha dictado la Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura, norma dictada una vez resueltos los distintos recursos de inconstitucionalidad contra la LRSAL. Su artículo 15 prevé que '*1. Los municipios podrán ejercer las siguientes competencias propias, que se despliegan sobre las siguientes áreas de actuación municipal…*' y así en el apartado d) referido a 'Servicios a las Personas' se atribuye a los municipios como competencia propia en el punto 5º la '*…conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria y de educación especial…*'.

10. Esa ley vuelve a atribuir a los municipios extremeños esta relevante obligación de gasto con independencia de quién sea titular del edificio que acoge a cada centro, ley en vigor desde el 29 de enero de 2019 y pese a que la invocó la Junta de Extremadura al contestar a la demanda, fue ignorada tanto por la demandante como por la sentencia de instancia. Pues bien, la Junta de Extremadura la invoca para apoyar su pretensión desestimatoria, no como norma decisora del litigio, ya que no es aplicable al caso, pues el gasto litigioso es anterior a su promulgación y vigencia, luego el pleito se ha desenvuelto bajo la exclusiva vigencia del nuevo artículo 25.2.n) de la LRBRL que modifica la disposición adicional decimoquinta.2 de la LOE.

11. Hay que entender que será cuando se aplique esa norma cuando pueda plantearse su alcance y determinar si debe interpretarse conforme a la LOE tras la reforma de la LRBRL o si es de desarrollo de la norma básica o si atribuye a los municipios una 'materia' y además 'distinta' de las previstas en el artículo 25.2 de la LBRL; también la aplicación según el régimen transitorio que regula o si la Comunidad Autónoma delega esa competencia que implica una obligación de gasto para atribuírselo a los municipios, que lo asumirían con sujeción a las reglas de los artículos 7.3 y 4 y 27 de la LRBRL".

2.3
Urbanismo y medio ambiente: La declaración de nulidad de pleno derecho de un plan urbanístico, por la omisión de la evaluación ambiental estratégica, no puede ser objeto de subsanación en el incidente de ejecución de sentencia [STS de 23 de febrero de 2022 (RC 4355/2020)]

La sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2022 (RC 4355/2020; ponente: Román García), resolviendo el caso Ayuntamiento de Ferrol, casa la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que había declarado nulo el Plan Especial de Protección y Rehabilitación del Barrio de Ferrol Vello, por no haber sido sometido al procedimiento de evaluación ambiental estratégica, sin perjuicio de la posibilidad de subsanación en ejecución de sentencia.

El Tribunal Supremo debía pronunciarse, al resolver este recurso de casación, respecto de la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, que consistía en precisar y complementar nuestra jurisprudencia a fin de determinar si es posible subsanar, en ejecución de sentencia, la omisión del procedimiento de evaluación ambiental estratégica en un instrumento de planificación urbanística declarado nulo por dicha causa, y, a tal efecto, debían ser objeto de interpretación los artículos 62.2, 66 y 67 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable por razones temporales (actuales artículos 47.2, 51 y 52 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), el artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y los artículos 7 y 9 de la Ley 21/2013, de Evaluación Ambiental.

La sentencia del Tribunal Supremo no comparte los razonamientos del tribunal de instancia, pues considera que no resulta ajustado a derecho declarar la nulidad de un plan por concurrir un vicio esencial en su elaboración y, en la misma sentencia, condicionar la subsanación de aquel defecto a la aportación posterior, en ejecución de sentencia, de un documento complementario, porque la declaración de nulidad de pleno derecho de una disposición general comporta su expulsión del ordenamiento jurídico, sin posibilidad de subsanación posterior del vicio que fue determinante de la nulidad, ni de convalidación alguna.

Después de analizar exhaustivamente en esta sentencia las particulares circunstancias concurrentes aducidas en el escrito de oposición por el Consello de Ferrol, acerca de la incidencia que tenía el cambio de nomenclatura del

Plan Especial respecto de un instrumento de planeamiento anterior, sometido a evaluación ambiental, y sobre la aportación de un informe complementario emitido por el órgano ambiental presentado en sede casacional, el Tribunal Supremo concluye que la sentencia impugnada no se ajustó a derecho al declarar la nulidad del Plan y, a la vez, permitir que en ejecución de sentencia pudiera subsanarse el defecto esencial de procedimiento advertido mediante la aportación de un informe complementario emitido por el órgano ambiental.

Singularmente, tiene interés el pronunciamiento de esta sentencia del Tribunal Supremo referido a que el tribunal de instancia carece de habilitación para adoptar el fallo anulatorio con vocación de poder subsanarse, con el objeto de dar continuidad a la vigencia del Plan y evitar gravosas consecuencias para el Ayuntamiento y para terceros, en la medida en que infringe el artículo 71.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que establece que los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen, ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados.

Con cita de la sentencia del Tribunal Supremo 569/2020, se recuerda que, habiéndose declarado la nulidad de una norma reglamentaria, no puede el poder judicial imponer al poder ejecutivo la forma en que se ha dictar la nueva norma que deba sustituir a la declarada nula. Lo dice de manera clara el artículo 71.2.º de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa cuando declara: "Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados". Y si ello es así, es indudable que, entendido el efecto de la sentencia, la nulidad, no pueden los tribunales de lo contencioso-administrativo imponer a la Administración actuaciones concretas, por lógicas que pudieran parecer, cual es la de subsanar el trámite –emitir el informe– para la aprobación de la parte del Plan declarado nulo; y ello con independencia, insistimos, de que el vicio que genera esa nulidad afecte exclusivamente al procedimiento de elaboración. No se puede pretender, y es lo que hace la sentencia, imponer la declaración de nulidad del Plan y ordenar una retroacción del procedimiento que, se quiera o no, se diga o no, lo que esconde es una pretendida subsanación, con el relevante efecto de que lo que adquiere eficacia, una vez se proceda a la aprobación definitiva del Plan tras esa retroacción, es el mismo Plan inicial, sin solución de continuidad y legitimando todos los actos dictados en ese espacio temporal, que afecten, eso sí, al ámbito espacial a que afecta la declaración, porque del resto, ya vimos, no se ve afectada su eficacia. Pese a esa

encomiable finalidad pragmática, no puede amparar nuestra normativa esa conclusión.

Se recuerda, en este sentido, que los tribunales de lo contencioso, de apreciar la nulidad del Plan, y solo ese grado de ineficacia es admisible, han de limitarse a dicha declaración, sin imponer a la Administración cómo debe actuar a la vista de dicha nulidad, ni siquiera cuando el vicio que se aprecie para declarar la nulidad, nunca la anulabilidad, afecte al procedimiento. Y téngase en cuenta que, si ese informe afecta a la propuesta del Plan que se terminó acogiendo en la aprobación definitiva, no podrá aprovecharse lo ya actuado.

2.4
Vivienda: La Administración municipal está obligada, en los supuestos de ejecución forzosa de la demolición de una infravivienda construida sin licencia, a realizar un juicio de proporcionalidad sobre la incidencia que la medida tiene respecto de los menores de edad que conviven en el domicilio familiar, con la finalidad de evitar que pudiera producirse una situación de desamparo

La sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2021 (RC 3430/2020; ponente: Huet de Sande), resolviendo el caso "Ayuntamiento de Madrid", mantiene la doctrina establecida en la precedente sentencia de 28 de septiembre de 2020 (RC 413/2019; ponente: Olea Godoy), en relación con el momento en que procedimentalmente ha de realizarse por parte de la Administración el juicio de ponderación respecto de la protección de menores de edad, en los supuestos en que se acuerde el desalojo de una vivienda en que reside una unidad familiar.

En este caso, se trataba de determinar si, según se expone en el auto de admisión ante la existencia de una potestad administrativa concreta cuyo legítimo ejercicio comporta el desalojo de una vivienda que habita una familia con hijos menores de edad, el juicio de ponderación respecto de la situación de los menores que pudieran verse afectados debe realizarse en el momento de dictarse la resolución procedente o ha de posponerse al momento en que, en su caso, se proceda a la ejecución forzosa de la decisión administrativa mediante el desalojo de la vivienda.

El Tribunal Supremo sostiene que cuando las decisiones administrativas que deban dictarse en relación con las condiciones de legalidad de un inmueble en que habitan menores de edad, el juicio de proporcionalidad entre los intereses que subyacen en esa declaración y los de protección de

los menores que pudieran quedar en situación de desamparo, debe realizarse, no al dictar la resolución que en derecho procediera, sino al momento de proceder a la ejecución forzosa de dicha resolución, haciendo efectiva la puesta en riesgo de los intereses de los menores, pero toma en consideración el hecho de que en este caso de autos no se impugna el acuerdo de demolición de una construcción ilegal, sino la ejecución forzosa de tal acuerdo por vía de la ejecución subsidiaria contemplada en los artículos 98 y 102 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

El Tribunal Supremo declara que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid contra la sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que había declarado nula la resolución de la Dirección General de Control de la Edificación del Ayuntamiento de Madrid, que había acordado en ejecución sustitutoria la demolición de una construcción, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento anterior a dictarse con el objeto de que por la Administración municipal se lleve a cabo el preceptivo juicio de proporcionalidad respecto de la situación de vulnerabilidad de los menores de edad, y, en su caso, adopte las oportunas medidas de protección.

Se garantizan de este modo intereses de carácter público-constitucional, referidos a la protección de la familia y los menores de edad, que salvaguarda el artículo 39 de la Constitución, así como el derecho a una vivienda digna y adecuada que proclama el artículo 47 de la norma fundamental, que obliga a las autoridades municipales a adoptar todas aquellas medidas de protección social que san necesarias para impedir que se produzcan situaciones de desamparo habitacional de los menores de edad.

3
Epilogo: La justiciabilidad de los nuevos paradigmas constitutivos del buen gobierno y la buena administración y la posición institucional del Tribunal Supremo

La posición del Tribunal Supremo en el control de la actividad de los entes locales, que se materializa procesalmente a través del recurso de casación, no puede desvincularse de los principios que configuran la construcción del Estado constitucional como Estado social y democrático de derecho, que exige un ejercicio prudencial de la potestad jurisdiccional que salvaguarde, entre otros principios, la garantía institucional de la autonomía local.

La introducción de nuevos paradigmas como principios informadores del derecho público administrativo hace cada vez más compleja la función de juzgar a la Administración pública municipal.

En la actualidad, el juez contencioso-administrativo se enfrenta a enjuiciar decisiones administrativas, para lo que la aplicación de las técnicas tradicionales de control de la discrecionalidad administrativa y de los conceptos jurídicos indeterminados se revela insuficiente.

El halo de penumbra perceptible en el núcleo de la decisión discrecional de la Administración se extiende a afectar a la esencialidad del acto administrativo, en la medida en que se incorporan conceptos como buena gobernanza, buena administración, resiliencia, sostenibilidad, transparencia, que exigen del intérprete judicial una habilidad y una inteligencia necesarias para la interpretación de dichos términos jurídicos desde los parámetros estrictos de la legalidad constitucional.

La Constitución autoriza al Tribunal Supremo a crear jurisprudencia al aplicar e interpretar el ordenamiento jurídico conforme a los valores y principios constitucionales, determinando que en el ejercicio de esta responsabilidad pública se sometan de forma plena al designio de la ley, pero no le confiere la atribución de gobernar las Administraciones públicas.

En este sentido, el magistrado del Tribunal Supremo del Reino Unido Jonathan Sumption, en su reciente ensayo *Juicios de Estado* (Editorial Antoni Bosch, Barcelona, 2019), advierte sobre la necesidad democrática de que la política, el derecho y la justicia permitan avanzar a la sociedad en el respeto a los derechos humanos, poniendo de relieve la fuerza de la Constitución jurídica, la concepción del imperio de la ley y las funciones de los tribunales de justicia, como vectores esenciales para el adecuado funcionamiento y desarrollo del Estado constitucional, pero apelando también a la responsabilidad de la sociedad en su conjunto para salvaguardar el espíritu de libertad y justicia que alienta la Constitución.

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo (de 1 de junio a 30 de septiembre de 2022)*

Víctor Escartín Escudé

Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo (Sala Tercera).
Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza

1. Introducción

2. Régimen local

2.1. Los acuerdos del pleno de un ayuntamiento que contengan declaraciones de tipo político son susceptibles de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, atendiendo a su naturaleza, contenido y efectos

2.2. La falta del informe previo del ayuntamiento sobre la situación de vulnerabilidad para el corte del suministro de gas no constituye un supuesto de silencio administrativo a los efectos de la Ley catalana 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y pobreza energética

2.3. Posibilidad de delegación de la prestación del servicio de abastecimiento y distribución de agua de un municipio a un consorcio provincial. Naturaleza jurídica y forma para su instrumentalización

2.4. Naturaleza jurídica del convenio suscrito entre el Gobierno de Aragón y el Ayuntamiento de Zaragoza para la implantación del tranvía

2.5. Cambio de concejal que desempeña la función de portavoz de grupo político municipal de un ayuntamiento. Integración en el derecho fundamental al ejercicio del cargo público

2.6. Inclusión de los puntos pendientes del orden del día de un pleno anterior en el orden del día del siguiente

3. Empleo público

3.1. Tiempo de excedencia para cuidado de un hijo a efectos del mérito consistente en la experiencia laboral. Aplicabilidad a las pruebas de acceso al empleo público

* Crónica realizada sobre la base de las sentencias publicadas en el fondo documental del CENDOJ a fecha de 7 de octubre de 2022. En caso de existir algún pronunciamiento de interés, correspondiente a los últimos días de septiembre, que no haya sido publicado a la fecha de entrega de esta crónica, se incorporará a la crónica del próximo número de la revista.

3.2. Los servicios prestados como personal laboral deben ser valorados en los mismos términos que los prestados como funcionario

3.3. Reconocimiento del complemento de destino de director general (nivel 30) en la Administración local. Inaplicabilidad para puestos de alto cargo que se hayan realizado en la Administración local

3.4. Empleo público. Expediente disciplinario. Suspensión provisional de funciones impuesta a Policía Local. Duración de la medida cautelar. Reiteración de doctrina de la Sala

3.5. Prolongación situación servicio activo

3.6. Permisos de los funcionarios de las corporaciones locales. La reducción de jornada para cuidado de hijos menores de 12 años comporta la disminución de sus retribuciones

3.7. Plazo máximo de la suspensión provisional de funciones cuando se está sustanciando un proceso penal. Policía Local

3.8. Empleo público e igualdad. No formalización de contrato de mujer que no se incorpora a puesto ofertado por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo

3.9. Partidas retributivas que integran el complemento de la prestación de la Seguridad Social que perciben los empleados públicos en situación de incapacidad temporal

4. Tributos

4.1. Impuesto municipal sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana –IIVTNU–. Devolución de ingresos indebidos derivados de una liquidación firme y consentida, amparada en la declaración de inconstitucionalidad contenida en la STC 59/2017

4.2. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana. Efectos de la STC 182/2021, de 26 de octubre

4.3. Impugnación indirecta de una ordenanza fiscal. Insuficiencia de los informes técnico-económicos a que se refiere el art. 25 del TRLHL

4.4. Inaplicabilidad de doctrina jurisprudencial a terrenos clasificados catastralmente como urbanos cuya programación no ha sido desarrollada

4.5. Datos de los obligados tributarios cedidos por la Administración tributaria como prueba de cargo para la tramitación de un procedimiento sancionador

4.6. Fecha de prescripción de la potestad de la Administración para determinar la deuda tributaria

4.7. Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU). Declaración de nulidad de una ordenanza fiscal y responsabilidad patrimonial

4.8. Actos firmes de la Administración tributaria. Posibilidad de recurso extraordinario de revisión contra una resolución de un órgano económico-administrativo objeto de fiscalización en la vía judicial

4.9. IIVTNU. Carga de la prueba de que el precio de la transmisión fue inferior al de la adquisición del bien

5. Urbanismo

5.1. Preceptividad del informe previsto en el art. 35 de la Ley General de Telecomunicaciones de 2014 (actual art. 50 de la LGT de 2022) para la aprobación de ordenanzas dictadas en el ejercicio de competencias urbanísticas

5.2. Usos y aprovechamientos que se pueden llevar a cabo en la zona periférica de protección exterior de un parque nacional. Planificación ambiental y planificación urbanística

5.3. Urbanismo: aprobación parcial de instrumento de planeamiento. Vicio procedimental individualizado respecto de un determinado ámbito territorial o concretas determinaciones del mismo: alcance de la declaración de nulidad

5.4. Urbanismo. Modificación aislada de un plan general de ordenación urbana, afectada por riesgos geomorfológicos. Examen de la exigencia de la declaración de evaluación ambiental estratégica y del informe de sostenibilidad económica

5.5. Informe de viabilidad económica de un plan urbanístico

5.6. Urbanismo y unidad de mercado. Compatibilidad del régimen de suspensión de licencias establecido en la legislación urbanística con los principios de necesidad y proporcionalidad exigibles para limitar o restringir el acceso al ejercicio de una actividad económica

5.7. Informe sobre suficiencia hídrica y planificación urbanística. Falta de necesidad de su emisión

6. Contratos del sector público

6.1. Unidades de obra ejecutadas al margen de un contrato. Intereses de demora y naturaleza jurídica

6.2. Contratos. Cálculo de la cuantía a efectos del recurso de apelación cuando se cuestiona la revisión de precios de los contratos del sector público

6.3. Fundamentos para la renuncia a la celebración de un contrato por razones de interés público

7. Procedimiento administrativo

7.1. Régimen jurídico de las comunicaciones previas a que se refiere el art. 69.2 de la Ley 39/2015. Imposibilidad de aplicación de las causas de suspensión del plazo máximo para resolver

7.2. Notificaciones administrativas. Requisitos para su correcta realización

7.3. Notificaciones administrativas. Preceptividad del aviso tras dos intentos de notificación infructuosos

7.4. Omisión de firma electrónica y registro en solicitud presentada por vía electrónica: es aplicable la previsión de subsanación del art. 68 de la Ley 39/2015

8. Otros ámbitos de interés (subvenciones, transparencia y salud pública)

8.1. Derecho de acceso a la información: existencia o no de régimen específico en el ámbito tributario (arts. 93, 94 y 95 de la LGT) que excluya la aplicación de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

8.2. Subvenciones. Posibilidad, dentro del plazo de prescripción que habilita a la Administración para reclamar, de realización de un informe financiero y posterior procedimiento de reintegro por incumplimientos distintos a los que determinen un reintegro anterior

8.3. Adopción de medidas de salud pública. Cobertura normativa

8.4. Reintegro de subvenciones. Ajuste de precio como consecuencia de presentación de una mejor oferta contractual para la realización de la obra subvencionada

8.5. Subvenciones. Momento procesal para la reclamación de intereses compensatorios por retraso en el reconocimiento del derecho

8.6. Ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Transparencia y causa de inadmisión de las solicitudes de acceso a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración

1
Introducción

En la presente crónica se ha tratado de compilar, con vocación sistemática, la principal doctrina jurisprudencial emanada de las distintas secciones de Enjuiciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo relativa al régimen jurídico y de funcionamiento de las entidades locales. Por ello, además de incluirse los principales pronunciamientos en los que, por estrictos motivos subjetivos, se hallan implicadas entidades locales (en los que, por lo común, se interpretan, directamente, aspectos del régimen jurídico local), también se incluye el análisis de otras sentencias que fijan doctrina jurisprudencial en materias generales que afectan a la praxis administrativa habitual de las entidades locales, ya sea en materia de contratos del sector público, ya en materia tributaria, en empleo público, urbanismo, procedimiento administrativo o en la actividad subvencional, entre otras. La crónica se presenta, por tanto, estructurada en epígrafes que agrupan pronunciamientos del Tribunal Supremo sistematizados por razón de la materia, enunciándose cada uno de estos pronunciamientos con un título-resumen representativo de su contenido, sus antecedentes fácticos, la cuestión de interés casacional planteada, la normativa inter-

pretada y, finalmente, la doctrina jurisprudencial que se fija en respuesta a la cuestión suscitada.

2
Régimen local

2.1
Los acuerdos del pleno de un ayuntamiento que contengan declaraciones de tipo político son susceptibles de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, atendiendo a su naturaleza, contenido y efectos

En la sentencia de 20 de septiembre de 2022 (rec. 5002/2020, ponente: Celsa Pico Lorenzo) se analiza, como cuestión en la que se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, determinar si "los acuerdos del Pleno del Ayuntamiento que se impugnaron son, o no, susceptibles de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, atendiendo a su naturaleza, contenido y efectos".

Se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación las contenidas en los artículos 1.1 y 2.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA) en relación con los artículos 2, 9.3, 20, 103, 137 y 140 de la Constitución Española, así como los artículos 2.a) y 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del *Régimen Local*.

Entiende el Tribunal Supremo que lo relevante, a efectos del recurso, es que el artículo 2.a) de la LJCA no incluye a las entidades locales cuando contempla los actos políticos. En la misma línea se habían decantado las sentencias de 24 de noviembre de 2003 y 23 de febrero de 2004.

En este sentido, en los cuantiosos pronunciamientos del Tribunal Supremo que ha habido sobre esta materia, se ha tenido en cuenta, para decidir la viabilidad o no de los actos, la existencia o no de efectos jurídicos vinculantes derivados de los pronunciamientos realizados y del respeto a la Constitución y a los derechos fundamentales de terceros.

De esta forma, concluye el Tribunal Supremo, como respuesta a la cuestión de interés casacional, que "los acuerdos del Pleno del Ayuntamiento […] son susceptibles de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, atendiendo a su naturaleza, contenido y efectos. Justamente esa naturaleza, contenido y efectos dan lugar a la viabilidad o inviabilidad de los distintos apartados".

2.2
La falta del informe previo del ayuntamiento sobre la situación de vulnerabilidad para el corte del suministro de gas no constituye un supuesto de silencio administrativo a los efectos de la Ley catalana 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y pobreza energética

Las sentencias de 21 de julio de 2022 (rec. 2527/2021, ponente: Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo) y de 7 de julio de 2022 (rec. 1240/2021, ponente Luis María Díez-Picazo Giménez) dan respuesta a equivalente cuestión de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, que consiste en determinar si "la falta de emisión del informe previsto en los arts. 6.4 y 9.4 de la Ley de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, destinado a determinar si una unidad familiar se encuentra en situación de exclusión social, supone la concurrencia de un supuesto de inactividad administrativa del art. 29.1 LJCA o, si por el contrario, se trata de un supuesto de silencio administrativo". En ellas se identifican, como normas jurídicas que son objeto de interpretación, "las contenidas en los arts. 25 y 29 LJCA, arts. 21, 24 y 25 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, y arts. 6.4 y 9.4 de la Ley de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética".

La respuesta a la cuestión de interés casacional, en ambas sentencias, es que el artículo 9 de la Ley catalana 24/2015 no contempla un supuesto de silencio administrativo. No obstante, entiende el Tribunal Supremo que constituye un problema distinto "si la emisión del informe previsto en dicha norma es una prestación a efectos del artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. A este respecto, dado que se trata de un precepto autonómico y que el correspondiente Tribunal Superior de Justicia se ha pronunciado sobre su significado y alcance, con pleno respeto a las exigencias dimanantes de la Constitución y de la legislación básica del Estado en la materia, esta Sala nada tiene que añadir a lo dicho en la sentencia cuyos fundamentos hemos transcrito".

2.3
Posibilidad de delegación de la prestación del servicio de abastecimiento y distribución de agua de un municipio a un consorcio provincial. Naturaleza jurídica y forma para su instrumentalización

En la sentencia de 29 de junio de 2022 (rec. 4474/2020, ponente: Eduardo Espín Templado), la cuestión en la que se entiende que existe interés

casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar: "(i) si la competencia o la gestión de la prestación del servicio público de abastecimiento y distribución de agua de un municipio, definido como ciclo integral del agua de un municipio, puede ser cedida o delegada por convenio en un Consorcio provincial constituido al amparo de los artículos 26.2 y 57 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del régimen local, 118 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del Sector Público, y 30 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de régimen local; (ii) si ese Consorcio puede integrar o no una forma de cooperación vertical u horizontal entre entidades del sector público, y (iii) si la adjudicación de ese servicio público, realizada por el citado Consorcio, está sujeta o no a la legislación de contratos". En la resolución se identifican como normas jurídicas que, en principio, son objeto de interpretación, las contenidas en: los artículos 6.1, 31.1.b) y 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; artículos 25.2 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; artículos 8 y 118 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; y artículo 105.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, hoy derogado, pero sustituido por los vigentes 204 y 285 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Como respuesta a la cuestión de interés casacional, el Tribunal Supremo considera lo siguiente: "A tenor de la interpretación de las normas efectuada para la resolución del litigo planteado, hemos de contestar a la primera cuestión de interés casacional en el sentido de la competencia o la gestión del servicio público de abastecimiento de agua de un municipio, puede ser cedida o delegada por convenio a un consorcio provincial integrado por la Diputación Provincial y ayuntamientos de la provincia. Que, efectivamente, ese consorcio puede constituir una forma de cooperación horizontal o vertical entre entidades del sector público, dependiendo la concreta modalidad de cooperación de las circunstancias y condiciones que concurran en el convenio que se celebre en dichas entidades públicas. Finalmente, y respecto a la adjudicación de dicho servicio por parte de un consorcio formado por entidades de carácter público estaría en principio sujeta a la legislación de contratación pública cuando dicha adjudicación sea mediante pública licitación a una empresa ajena, como sucedió en el caso de autos en el que el Consorcio PROMEDIO lo sometió a público concurso que fue ganado por la empresa aquí codemandada Aquanex. No puede excluirse, sin embargo, la posibilidad que dicho consorcio de enti-

dades del sector público pudiera asumir la prestación del servicio con el empleo de medios propios".

2.4
Naturaleza jurídica del convenio suscrito entre el Gobierno de Aragón y el Ayuntamiento de Zaragoza para la implantación del tranvía

La sentencia de 27 de junio de 2022 (rec. 203/2021, ponente: Eduardo Calvo Rojas) resuelve la siguiente cuestión de interés casacional, consistente en "aclarar la naturaleza jurídica del convenio suscrito entre el Gobierno de Aragón y el Ayuntamiento de Zaragoza para la implantación del tranvía; en particular, si se trata de un convenio de articulación de una subvención directa o de un convenio de colaboración y/o cooperación con transferencia de fondos asociada, con las consecuencias que de ello deriva en la liquidación de las obligaciones correspondientes".

Así, el Tribunal Supremo parte de la base de que la sentencia recurrida "acoge el planteamiento del Ayuntamiento de Zaragoza y llega a la conclusión de que no nos encontramos aquí ante un convenio de base subvencional –a través del cual se estaría otorgando una subvención al Ayuntamiento de Zaragoza– sino ante un convenio interadministrativo de colaboración y cooperación, de naturaleza obligacional, en el que se evidencia la voluntad del Gobierno de Aragón de participar en el proyecto en cuestión, la línea de tranvía norte-sur (Parque Goya-Valdespartera)".

Por ello, y como respuesta a la cuestión señalada en el auto de admisión del recurso, el Tribunal Supremo afirma que "el convenio suscrito entre el Gobierno de Aragón y el Ayuntamiento de Zaragoza para la implantación del tranvía tiene la naturaleza que le asigna la sentencia recurrida, sin que tal apreciación pueda ser modificada ahora habida cuenta que está basada en datos y elementos fácticos cuya valoración no puede ser revisada ahora en casación".

2.5
Cambio de concejal que desempeña la función de portavoz de grupo político municipal de un ayuntamiento. Integración en el derecho fundamental al ejercicio del cargo público

La sentencia de 16 de junio de 2022 (rec. 6382/2021, ponente: Celsa Pico Lorenzo) responde a la cuestión que reviste interés casacional objetivo para

la formación de jurisprudencia, consistente en determinar si "el cambio de concejal que desempeña la función de portavoz de grupo político municipal de un Ayuntamiento, promovido por una parte de los concejales que forman parte del mismo, se integra en el derecho fundamental al ejercicio del cargo público, recogido en el art. 23 de la Constitución".

Se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación las contenidas en los artículos 14 y 23 de la Constitución.

El Tribunal Supremo, tras una interesante fundamentación sobre el derecho fundamental al ejercicio del cargo público en la esfera local, concluye que "el cambio de concejal que desempeña la función de portavoz de un grupo político municipal de un Ayuntamiento promovido por una parte de los concejales que forman parte de aquel se integra en el derecho fundamental al ejercicio del cargo público recogido en el artículo 23 CE".

2.6
Inclusión de los puntos pendientes del orden del día de un pleno anterior en el orden del día del siguiente

La sentencia de 15 de junio de 2022 (rec. 3225/2021, ponente: Luis María Díez-Picazo Giménez) responde a la cuestión declarada de interés casacional objetivo consistente en determinar "si vulnera el derecho fundamental a participar en los asuntos públicos (art. 23 de la CE) la inclusión por el Alcalde en sesión extraordinaria del Pleno de parte y no de todos los asuntos pendientes de debate en sesión ordinaria suspendida, infringiendo así el principio de unidad de acto del art. 87 del R.D. 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales".

La sentencia, que interpreta fundamentalmente el art. 87 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, da respuesta a la cuestión de interés casacional concluyendo que "todos los puntos pendientes del orden del día de un Pleno anterior deben ser recogidos en el orden del día del siguiente Pleno, incluso si éste es extraordinario. La inobservancia de este deber reglamentario implica, además, una quiebra del art. 23 de la Constitución. La única excepción a todo ello podría venir dada por la acreditada imposibilidad de incluir alguno de esos puntos pendientes en la siguiente sesión. Este recurso de casación debe, así, ser desestimado".

3
Empleo público

3.1
Tiempo de excedencia para cuidado de un hijo a efectos del mérito consistente en la experiencia laboral. Aplicabilidad a las pruebas de acceso al empleo público

En la sentencia de 19 de septiembre de 2022 (rec. 6188/2020, ponente: José Luis Requero Ibáñez), la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar "si las previsiones del art. 57 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres resultan de aplicación o no a las pruebas de acceso al empleo público y, en caso afirmativo, si impone una valoración del tiempo pasado en la situación administrativa o laboral de excedencia voluntaria por cuidado de familiares idéntica a la que se otorga a la situación administrativa de servicio activo o a la laboral de servicios efectivos prestados, con independencia de que así se haya previsto en las bases de la convocatoria del proceso de selección de nuevo ingreso".
En este sentido, se identifican como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación el artículo 57 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; el artículo 89.4 del 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; y el artículo 46.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Como respuesta a la cuestión de interés casacional, el Tribunal Supremo considera que "el artículo 57 de la Ley Orgánica 3/2007 es aplicable en las pruebas de ingreso por acceso libre como personal laboral fijo en la Administración General del Estado, luego cabe valorar el tiempo de excedencia para cuidado de un hijo y computar como trabajo ese tiempo a efectos del mérito consistente en la experiencia laboral". De igual forma, y una vez resuelta en sentido afirmativo la primera parte de la cuestión de interés casacional objetivo, el Tribunal Supremo concuerda con lo declarado en las sentencias 1768/2020 y 174/2021, de forma que entiende que lo previsto en el artículo 57 de la Ley Orgánica 3/2007 tiene "efecto directo sin mediación de las correspondientes bases de la convocatoria imponiendo una valoración de la situación administrativa de excedencia voluntaria por cuidado de familiares idéntica a la que se otorga a la situación de servicio activo". Tal jurisprudencia "es aplicable si bien despojándola de expresiones propias del derecho fun-

cionarial, luego declaramos que el artículo 57 tiene efecto directo al ámbito del acceso a la condición de contratado laboral en la Administración General del Estado, sin mediación de las correspondientes bases de la convocatoria, lo que impone que se valore el tiempo en excedencia por cuidado de hijo en un trabajo previo como trabajo efectivo".

3.2
Los servicios prestados como personal laboral deben ser valorados en los mismos términos que los prestados como funcionario

La sentencia de 18 de julio de 2022 (rec. 2887/2021, ponente: María del Pilar Teso Gamella) responde a la cuestión declarada de interés casacional objetivo consistente en determinar si los servicios prestados como personal laboral deben ser valorados en los mismos términos que los prestados como funcionario cuando los primeros se desarrollan en un puesto de trabajo que siendo laboral en un principio luego fue funcionarizado.
La respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, en interpretación de los artículos 14 y 23.2 de la CE, es que los servicios prestados como personal laboral deben ser valorados en los mismos términos que los prestados como funcionario cuando los primeros se desarrollan en un puesto de trabajo que siendo laboral, en un principio, luego fue funcionarizado.

3.3
Reconocimiento del complemento de destino de director general (nivel 30) en la Administración local. Inaplicabilidad para puestos de alto cargo que se hayan realizado en la Administración local

La sentencia de 14 de julio de 2022 (rec. 7104/2020, ponente: Luis María Díez-Picazo Giménez) responde a la cuestión declarada de interés casacional objetivo consistente en determinar "si la percepción del complemento de destino al grado personal correspondiente tras reingreso al servicio activo, incrementado en la cantidad necesaria para igualarlo al valor del complemento de destino que la Ley de Presupuestos del Estado fije anualmente para los Directores Generales de Estado previsto en el artículo 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, es aplicable cuando los puestos de alto cargo se hayan realizado en la Administración local".

A su vez, se identifican como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación las contenidas en los artículos 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, y 87.3 del 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.

El Tribunal Supremo considera que "el tenor literal del art. 33.2 de la Ley 31/1990 es inequívoco: el complemento retributivo allí regulado está previsto exclusivamente para los ex altos cargos de la Administración del Estado y de la Seguridad Social. Nada se dice de los ex altos cargos de otras Administraciones públicas. Y algo parecido debe predicarse del art. 87.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, que para el ámbito municipal sólo contempla a los alcaldes; y a condición, además, de que sean retribuidos y con dedicación exclusiva. Ambos preceptos son muy claros y, desde luego, no dan por sí solos base para reconocer el derecho al complemento retributivo de ex altos cargos a quienes lo han sido en la Administración local".

De igual forma, entiende el Tribunal Supremo que no resulta posible una aplicación analógica del art. 33.2 de la Ley 31/1990, afirmando que "no existe suficiente similitud entre los ex altos cargos de la Administración del Estado y los de la Administración local, ni siquiera cuando de municipios de gran población se trata: la posición constitucional y la esfera competencial de las entidades locales tienen rasgos específicos y, desde luego, diferentes de los propios del Estado y de las Comunidades Autónomas. Además, desde un punto de vista finalista, no cabe ignorar que puede haber buenas razones, básicamente de prudencia financiera y de contención de las burocracias municipales, para que la ley circunscriba el complemento retributivo en el ámbito de la Administración local a los alcaldes retribuidos y con dedicación exclusiva".

Por todo ello, concluye el Tribunal Supremo que "la respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo debe ser que el complemento retributivo previsto en el art. 33.2 de la Ley 31/1990 no es aplicable a los ex altos cargos de la Administración local".

3.4
Empleo público. Expediente disciplinario. Suspensión provisional de funciones impuesta a Policía Local. Duración de la medida cautelar. Reiteración de doctrina de la Sala

La sentencia de 7 de julio de 2022 (rec. 6096/2020, ponente: Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo) responde a una cuestión equivalente a la

planteada en los recursos 1187/2018, 5877/2018, 7290/2018 y 678/2020, de forma que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: "si el plazo máximo de seis meses de suspensión provisional de funciones que puede adoptarse como medida cautelar en la tramitación de un expediente disciplinario, según dispone el artículo 98.3 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, resulta también de aplicación durante la sustanciación de un procedimiento judicial penal, o si, por el contrario, la suspensión provisional acordada por la Administración se mantendrá por el tiempo a que se extienda la prisión provisional u otras medidas decretadas por el Juez y que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo".

Concluye el Tribunal Supremo que la doctrina de interés casacional que debe establecer es que "en un caso como el aquí enjuiciado, concerniente a la duración de las medidas cautelares adoptadas en un procedimiento disciplinario respecto a un funcionario de cuerpo de policía local por hechos que están siendo objeto de investigación en un procedimiento penal en que el dicho funcionario tiene la condición de investigado, la medida cautelar de suspensión de funciones puede adoptarse por la autoridad administrativa que ostenta la competencia de dirección de la policía local (...) hasta la finalización del procedimiento penal por resolución definitiva, y aun cuando no se haya impuesto por la jurisdicción penal medida cautelar que impida la prestación de servicios, si bien respecto a los efectos económicos habrá de aplicarse la limitación establecida en la legislación específica del régimen general de funcionarios, todo ello de conformidad con los principios establecidos en el art. 8.3 en relación con el art. 52 de la LOFCSE y las disposiciones de derecho autonómico que las complementan".

3.5
Prolongación situación servicio activo

La sentencia de 6 de julio de 2022 (rec. 3477/2020, ponente: Luis María Díez-Picazo Giménez) responde a la cuestión declarada de interés casacional objetivo consistente en determinar cuál debe ser el contenido del deber de motivación que se deriva de lo dispuesto en el artículo 67, apartado 3, del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y, en particular, si esa motivación puede estar basada en la aportación concreta

del funcionario al servicio público prestado y a la consecución de los fines encomendados, o habrá de ser necesariamente objetiva, basada estrictamente en causas organizativas o de reestructuración que afecten al servicio público. Para ello, se lleva a cabo, fundamentalmente, una interpretación del artículo 67, apartado 3, del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

El Tribunal Supremo reitera su doctrina interpretativa iniciada a partir de la sentencia núm. 1814/2020 (recurso de casación núm. 2029/2019), que es seguida luego por otras, entendiendo que "la denegación de la solicitud de prolongación en el servicio activo con base en el art. 67.3 del Estatuto Básico del Empleado Público puede apoyarse tanto en consideraciones relativas a la organización del servicio, como en consideraciones atinentes al desempeño del funcionario".

3.6
Permisos de los funcionarios de las corporaciones locales. La reducción de jornada para cuidado de hijos menores de 12 años comporta la disminución de sus retribuciones

En la sentencia de 29 de junio de 2022 (rec. 2594/2021, ponente: Pablo Lucas Murillo de la Cueva), la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en establecer: "si procede o no la concesión de permisos que suponen la reducción de jornada sin disminución de retribuciones a los funcionarios públicos de las Corporaciones Locales con base en la normativa autonómica, dada la regulación del art. 48.h) del Estatuto Básico del Empleado Público". Para ello, se lleva a cabo la interpretación de los siguientes preceptos: el artículo 48 h) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico; y el artículo 142 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, en relación con el artículo 149.1.18 de la Constitución.

Como respuesta a la cuestión de interés casacional, el Tribunal Supremo considera que "la concesión de la reducción de jornada para cuidado de hijos menores de 12 años a los funcionarios de las corporaciones locales debe comportar la disminución de sus retribuciones conforme al artículo 48 h) del Estatuto Básico del Empleado Público".

3.7
Plazo máximo de la suspensión provisional de funciones cuando se está sustanciando un proceso penal. Policía Local

La sentencia de 23 de junio de 2022 (rec. 678/2020, ponente: Celsa Pico Lorenzo) da respuesta a la siguiente cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia: "si el plazo máximo de seis meses de suspensión provisional de funciones que puede adoptarse como medida cautelar en la tramitación de un expediente disciplinario, según dispone el artículo 98.3 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, resulta también de aplicación durante la sustanciación de un procedimiento judicial penal, o si, por el contrario, la suspensión provisional acordada por la Administración se mantendrá por el tiempo a que se extienda la prisión provisional u otras medidas decretadas por el Juez y que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo".

Como recuerda el Tribunal Supremo, idénticas cuestiones a las aquí planteadas fueron admitidas en los recursos de casación 1187/2018, 5877/2018 y 7290/2018, y han sido resueltas mediante las sentencias de la Sección 4.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fechas 14 de julio de 2020 (recurso de casación 1187/2018), 2 de diciembre de 2020 (recurso de casación 7290/2018) y 10 de mayo de 2021 (recurso de casación 5877/2018).

Así, en la sentencia de 27 de enero de 2022, recurso de casación 6275/2018, en su fundamento sexto se dice: "El recurso de casación nº 1187/2018 ha sido ya resuelto por esta Sala, mediante la sentencia nº 997/2020, de 14 de julio. Es verdad que allí también se planteaba el problema de si la duración máxima de seis meses prevista en el art. 98.3 del EBEP es aplicable cuando contra el funcionario suspendido se sigue un proceso penal. Pero ocurre que en aquel caso había una norma que excluía la aplicación de dicha duración máxima: el funcionario suspendido era allí un policía local, sometido en cuanto tal a la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; y el art. 8 de ese cuerpo legal permite la suspensión provisional de funciones mientras dure el proceso penal. La sentencia nº 997/2020 consideró que esta previsión, contenida en una ley orgánica, no puede entenderse derogada por el art. 98.3 del EBEP, por lo que la respuesta a la cuestión venía allí dada por la aplicación de una norma especial. Ello no ocurre en el presente caso, que ha de ser resuelto únicamente con base en el referido art. 98.3 del EBEP". Por tal razón, en su fundamento octavo se dice: "la respuesta a

la cuestión declarada de interés casacional objetivo es que la duración máxima de seis meses establecida por el art. 98.3 del EBEP es aplicable durante la sustanciación de un proceso penal, salvo que haya prisión provisional u otra medida judicialmente acordada que impida al funcionario desarrollar su trabajo".

Como respuesta a la cuestión de interés casacional, el Tribunal Supremo considera que en un caso como el enjuiciado, concerniente a la duración de las medidas cautelares adoptadas en un procedimiento disciplinario respecto a un funcionario de cuerpo de Policía Local, por hechos que están siendo objeto de investigación en un procedimiento penal en el que dicho funcionario tiene la condición de investigado, "la medida cautelar de suspensión de funciones puede adoptarse por la autoridad administrativa que ostenta la competencia de dirección de la policía local (Alcalde) hasta la finalización del procedimiento penal por resolución definitiva, y aún cuando no se haya impuesto por la jurisdicción penal medida cautelar que impida la prestación de servicios, si bien respecto a los efectos económicos habrá de aplicarse la limitación establecida en la legislación específica del régimen general de funcionarios, todo ello de conformidad con los principios establecidos en el art. 8.3 en relación con el art. 52 de la LOFCSE y las disposiciones de derecho autonómico que las complementan".

3.8
Empleo público e igualdad. No formalización de contrato de mujer que no se incorpora a puesto ofertado por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo

La sentencia de 16 de junio de 2022 (rec. 6021/2021, ponente: Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo) responde a la cuestión de interés casacional objetivo consistente en determinar "si resulta contrario al principio de igualdad (art. 14 CE) la no formalización del contrato de mujer que no se incorpora a puesto ofertado por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo, difiriendo su contratación al momento en que cause alta, si persiste la necesidad que lo motivó". Para ello, se identifican como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación los artículos 10, 14 y 23.2 de la Constitución Española; 6.1 y 8 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; y 2.1, 2.3 y 3 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres

en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción de profesionales.

La sentencia, fundamentándose en doctrina jurisprudencial previa interpretativa del principio de igualdad, da respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo en los siguientes términos: "resulta contrario al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española no formalizar el contrato de trabajo a una mujer que no se incorpora al puesto de trabajo, ofertado y aceptado, por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo, sin que pueda diferirse su contratación al momento en que cause alta si persiste la necesidad que lo motivó cuando por razones temporales no podría llegar a concurrir esa situación".

3.9
Partidas retributivas que integran el complemento de la prestación de la Seguridad Social que perciben los empleados públicos en situación de incapacidad temporal

En la sentencia de 16 de junio de 2022 (rec. 420/2020, ponente: Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo), la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia estriba en "clarificar el significado y alcance del inciso 'retribuciones que se vinieran percibiendo' contenido en el artículo 9.2.1º del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, y, en particular, si se trata de cantidades fijas y periódicas (sueldo base, antigüedad y complementos regulares y ordinarios) o si, como consideró la sentencia recurrida, comprenden también las muy variables cantidades –las gratificaciones extraordinarias– que estaban vinculadas al trabajo efectivo fuera del turno o jomada ordinaria". Se identifican como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación el artículo 9 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, y el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, que regula determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

El Tribunal Supremo precisa que "la cuestión de interés casacional a resolver tiene su origen en la determinación de las partidas retributivas que las Administraciones públicas competentes deben tomar en consideración para

integrar el complemento de la prestación de la seguridad social que perciben los empleados públicos en situación de incapacidad temporal, derivada en este caso de contingencias comunes y, más concretamente, por intervención quirúrgica. Es el artículo 9.5 del Real Decreto-ley 20/2012 el que contempla esta situación concreta estableciendo que: 'Cada Administración Pública podrá determinar, respecto a su personal, los supuestos en que con carácter excepcional y debidamente justificados se pueda establecer un complemento hasta alcanzar, como máximo, el cien por cien de las retribuciones que vinieran disfrutando en cada momento. A estos efectos, se considerarán en todo caso debidamente justificados los supuestos de hospitalización e intervención quirúrgica'".

Por ello, entiende el Tribunal Supremo que la respuesta a la cuestión de interés casacional debe ser que, en este caso concreto, "el significado y alcance del inciso 'retribuciones que se vinieran percibiendo' contenido en el artículo 9.2.1º del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, alcanza a las gratificaciones por horas extra que el funcionario recurrente percibe de manera permanente y como una retribución ordinaria por los servicios que presta regularmente y, como tal, computable a los efectos de complementar la prestación por incapacidad temporal".

4
Tributos

4.1
Impuesto municipal sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana –IIVTNU–. Devolución de ingresos indebidos derivados de una liquidación firme y consentida, amparada en la declaración de inconstitucionalidad contenida en la STC 59/2017

En la sentencia 1159/2022, de 20 de septiembre (rec. 66/2020, ponente: Francisco José Navarro Sanchís), el Tribunal Supremo estima el recurso deducido por el Ayuntamiento de Alcalá de Henares (Madrid) respondiendo a las siguientes cuestiones de interés casacional objetivo para formar jurisprudencia: "Determinar si la sentencia del Tribunal Constitucional 59/2017, de 11 de mayo […], permite revisar en favor del contribuyente actos administrativos de liquidación del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, practicados en un supuesto en que no hubo incremento de valor probado, que han quedado firmes por haber sido consentidos antes

de haberse dictado tal sentencia. En caso de responder afirmativamente a la pregunta anterior, habilitada esa posibilidad de revisión de actos firmes, dilucidar en virtud de qué título jurídico –esto es, de qué causa legal de nulidad radical o de pleno derecho de las tipificadas como numerus clausus en el artículo 217 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria– operaría y, además, con qué limitación temporal".

El objeto del recurso y la cuestión planteada coinciden con lo previsto en el recurso n.º 2596/2019, de 26 de marzo, que dio lugar a la sentencia de 21 de septiembre de 2021, a la que se remite, en sus razonamientos, la sentencia analizada, conformando doctrina jurisprudencial.

El contenido interpretativo de la sentencia, respondiendo a las cuestiones de interés casacional que el auto de admisión plantea, es el siguiente:

> "a) En el ámbito del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, la solicitud de devolución de ingresos indebidos derivados de liquidaciones firmes como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 59/2017, de 11 de mayo, debe efectuarse por los cauces establecidos en el Capítulo II del Título V de la Ley General Tributaria.
>
> b) La declaración de inconstitucionalidad de los artículos 107.1 y 107.2 a) del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales 'en la medida [en] que (pueden) someter a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica' y del artículo 110.4 del mismo texto legal no determina que las liquidaciones firmes del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana giradas con anterioridad y que hayan ganado firmeza en vía administrativa incurran en los supuestos de nulidad de pleno derecho previstos en el artículo 217.1 de la vigente Ley General Tributaria, pues aquellos actos tributarios (i) no han lesionado derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, toda vez que el artículo 31.1 de la Constitución (capacidad económica) –único que ha sido tenido en cuenta por el juez a quo para estimar el recurso y que ha provocado el debate procesal en esta casación– no es un derecho fundamental de esa naturaleza, (ii) no han prescindido por completo del procedimiento legalmente establecido, (iii) no han provocado que el solicitante adquiera facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para esa adquisición –insólito alegato en relación con los actos de gravamen, como son comúnmente los tributarios; y (iv) no cabe identificar una norma con rango de ley que así establezca dicha nulidad radical".

4.2
Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana. Efectos de la STC 182/2021, de 26 de octubre

En la sentencia de 26 de julio de 2022 (rec. 7928/2020, ponente: Rafael Toledano Cantero) se analiza la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en:

> "2.1. Precisar si se debe actualizar el valor de adquisición del terreno conforme al IPC o algún otro mecanismo de corrección de la inflación, para acreditar que el terreno no ha experimentado un incremento real de valor que se ponga de manifiesto en transmisión de la propiedad a efectos de este impuesto.
>
> 2.2. De darse respuesta afirmativa a la anterior pregunta, esclarecer qué método podría ser admisible para corregir la depreciación nominal, si el IPC nacional, autonómico, provincial, u otro método de corrección".

Se identifican como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación los artículos 107.1, 107.2.a), 107.4 y 110.4 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

No obstante, con posterioridad al auto de admisión, se dictó la STC 182/2021, de 26 de octubre, que declaró "[...] la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 107.1, segundo párrafo, 107.2 a) y 107.4 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales". La STS, por tanto, responde la cuestión de interés casacional a la luz de este determinante pronunciamiento del Tribunal Constitucional, por cuanto declara la nulidad e inconstitucionalidad de los preceptos sometidos a interpretación en la cuestión de interés casacional.

Así, sobre la base de la delimitación de efectos que realiza la STC 182/2021, de 26 de octubre, y cómo ha de ser aplicada en el caso litigioso, el Tribunal Supremo entiende que "lo relevante es que esta sentencia equipara, a efecto de intangibilidad, por una parte (i) las situaciones decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, límite que impone expresamente el art. 40.1 LOTC, así como (ii) las resoluciones administrativas firmes y, finalmente, (iii) las 'situaciones consolidadas' según las denomina la STC 182/2021, en las que se incluyen, a estos exclusivos efectos, (iii, a) las liquidaciones provisionales o definitivas que no hayan sido impugnadas a la fecha de dictarse esta sentencia y (iii, b) las autoliquidaciones cuya rectificación no haya sido solicitada *ex* art. 120.3 LGT a dicha fecha".

De esta forma, declara, como doctrina de interés casacional, que "en un caso como el examinado, en que la liquidación tributaria ha sido impugnada tempestivamente, no cabe calificar de una situación consolidada que impida

la aplicación de los efectos declarados en la STC 182/2021, de 26 de octubre, que declara la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 107.1, segundo párrafo, 107.2 a) y 107.4 TRLHL. Es por ello que la liquidación tributaria por Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana impugnada es inválida y carente de eficacia por la inconstitucionalidad de su normas legales de cobertura".

4.3
Impugnación indirecta de una ordenanza fiscal. Insuficiencia de los informes técnico-económicos a que se refiere el art. 25 del TRLHL

La sentencia de 30 de junio de 2022 (rec. 5173/2020, ponente: Dimitry Berberoff Ayuda) responde a la cuestión de interés casacional objetivo consistente en determinar "si, con ocasión de la impugnación indirecta de una ordenanza fiscal, cabe alegar la omisión o la insuficiencia de los informes técnico económicos a que se refiere el artículo 25 TRLHL, por entenderse que se trata del incumplimiento de un requisito sustantivo determinante de un elemento esencial del tributo, o si, por el contrario, no cabe tal invocación por constituir un mero vicio formal del procedimiento y, como tal, no susceptible de alegación en la impugnación indirecta de una disposición general".

Se identifican como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, los artículos 25 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo; 20 de la Ley 8/1989, de 13 de abril; y 26 de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

El Tribunal Supremo reitera su jurisprudencia al respecto, manifestada, entre otras, en sentencia de 5 de noviembre de 2020 (recurso de casación 1567/2018, ECLI:ES:TS:2020:3768) y en sendas sentencias de 21 de enero de 2021 (recursos de casación 2314/2019, ECLI:ES:TS:2021:105, y 4783/2018, ECLI:ES:TS:2021:205).

De esta manera, y como respuesta a la cuestión de interés casacional, el Tribunal Supremo considera que, "con ocasión de la impugnación indirecta de una ordenanza fiscal, reguladora de una tasa, no cabe alegar la omisión o la insuficiencia de los informes técnico económicos a que se refiere el artículo 25 del TRLHL en la elaboración de la ordenanza, por tratarse de un vicio formal del procedimiento y, como tal, no susceptible de alegación en la impugnación indirecta de una disposición general; sin embargo, resulta posible dicha alegación si se cuestiona uno de los elementos esenciales conformador de la tasa, imprescindible para la determi-

nación de la deuda tributaria, en tanto que en los informes técnicos debe contenerse los criterios determinantes de la fijación de dichos elementos o características definitorias de la tasa, correspondiéndole la prueba de la insuficiencia a quien impugna la liquidación".

4.4
Inaplicabilidad de doctrina jurisprudencial a terrenos clasificados catastralmente como urbanos cuya programación no ha sido desarrollada

Las sentencias, de 29 de junio de 2022 (recs. 1196/2020 y 3420/2020, ponente: Isaac Merino Jara), que cuentan ambas con sendos votos particulares, analizan una compleja cuestión de interés casacional objetivo formulada en los siguientes términos: "Precisar la jurisprudencia sentada en las Sentencias de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo mencionadas en el Fundamento de Derecho Primero de esta resolución, a fin de determinar si resulta trasladable a supuestos en los que, aun estando los terrenos clasificados catastralmente como urbanos, por estar ubicados en ámbito espacial sectorizado con ordenación pormenorizada, su programación no se ha desarrollado por encontrase suspendida sine die; de modo tal que pudiera entenderse que los terrenos afectados deber ser clasificados como suelo rústico no urbanizable o rústico a efectos de la eventual nulidad de declaraciones giradas en concepto de impuesto de bienes inmueble".

Se identifican como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación el artículo 7.2.b) del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, en relación con la disposición transitoria séptima de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria.

La respuesta que ofrece el Tribunal Supremo a la cuestión planteada es que "nuestra jurisprudencia fijada en las sentencias de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2014 (rec. 2362/2013), de 19 de febrero de 2019, rec. 128/2016, de 5 de marzo de 2019, rec. 1431/2017 y de 2 de abril de 2019, rec. 2154/2017), no resulta trasladable a supuestos en los que los terrenos están clasificados catastralmente como urbanos, aunque estén ubicados en ámbito espacial sectorizado con ordenación pormenorizada cuya programación no se ha desarrollado por encontrase suspendida sine die, manteniéndose la existencia de un Agente Urbanizador y en los que no existe una declaración de caducidad que finalice el procedimiento".

4.5
Datos de los obligados tributarios cedidos por la Administración tributaria como prueba de cargo para la tramitación de un procedimiento sancionador

La sentencia, de 29 de junio de 2022 (rec. 5700/2020, ponente: Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo), resuelve la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en determinar: "si es posible obtener como prueba de cargo los datos de los obligados tributarios cedidos por la Administración tributaria para la tramitación de un procedimiento sancionador y su eventual integración en el ilícito del tipo infractor".

El Tribunal Supremo, interpretando, junto con varios preceptos constitucionales, el artículo 95 de la Ley 53/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, responde a la cuestión planteada en los siguientes términos: "En consecuencia y a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA se concluye que si una Administración, para el ejercicio de las funciones que le son propias, solicita de la AEAT la cesión de datos tributarios, tal cesión será con fines tributarios; ahora bien, si es para el ejercicio de otras potestades ajenas a las tributarias y no hay una norma legal que lo prevea, deberá contar con la previa autorización del interesado. Por tanto el acto dictado con base en unos datos tributarios cedidos será conforme a Derecho si la cesión respeta las reglas del artículo 95.1 de la LGT".

Se reitera, de esta forma, la doctrina fijada por la STS 344/2021, de 11 de marzo, dictada en el recurso 8040/2019 y luego reiterada en las SSTS de 15 de marzo de 2021 (recurso de casación 8288/2019), 24 de junio de 2021 (recurso de casación 1550/2020) y 22 de marzo de 2022 (recurso de casación 1553/2020).

4.6
Fecha de prescripción de la potestad de la Administración para determinar la deuda tributaria

La sentencia, de 29 de junio de 2022 (rec. 2366/2020, ponente: Dimitry Berberoff Ayuda), responde a la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistente en determinar "la fecha a la que ha de estarse para comprobar si la potestad de la Administración para determinar la deuda tributaria ha prescrito una vez constatada la inexistencia de interrupción de la prescripción por el exceso del plazo legalmente previsto

para la tramitación del procedimiento inspector. En particular, ha de discernirse si ha de fijarse ese momento en la notificación de la liquidación o en la ulterior interposición de un recurso o reclamación frente a este acto por parte del interesado'. 4) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 150.1 y 68.1.a) de la LGT/2003".

Considera el Tribunal Supremo que "una adecuada exégesis del artículo 150.1 de la LGT/2003, en su redacción originaria, en relación con el artículo 68.1. a) del mismo Cuerpo legal, de acuerdo con la doctrina de esa Sala, lleva sin problema a entender, en los casos de superación del plazo máximo de duración del procedimiento inspector legalmente establecido, la fecha que debe tenerse en cuenta a efectos de una posible prescripción de la acción para determinar la deuda tributaria es la de notificación del acuerdo de liquidación que pone fin al procedimiento inspector y no la ulterior fecha de interposición de un recurso o reclamación". Por lo que, como respuesta a la cuestión suscitada por el auto de admisión, determina: "Que, interpretando los artículos 150.1 y 68.1.a) LGT/2003 la fecha a la que ha de estarse para comprobar la potestad de la Administración para determinar la deuda tributaria, una vez superado el plazo legalmente previsto para la tramitación del procedimiento inspector, con la consiguiente pérdida del efecto interruptivo de la prescripción derivado del inicio de las actuaciones inspectoras, es, en todo caso, la de notificación del acuerdo de liquidación".

4.7
Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU). Declaración de nulidad de una ordenanza fiscal y responsabilidad patrimonial

La sentencia de 27 de junio de 2022 (rec. 6331/2021, ponente: Fernando Román García) responde a la cuestión de interés casacional suscitada en este recurso consistente en determinar "si la solicitud de abono del importe satisfecho por autoliquidaciones del Impuesto de Incremento de Valor sobre los terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU) al amparo de una ordenanza fiscal que ha sido declarada nula, puede instarse a la Administración correspondiente con fundamento en su responsabilidad patrimonial, sin haber impugnado directa o indirectamente la disposición de carácter general y/o los actos aplicativos de la misma".

El Tribunal Supremo reitera su doctrina jurisprudencial establecida sobre la cuestión suscitada, pues una cuestión idéntica a la ahora analizada fue resuelta por la Sala mediante sentencia de 23 de junio (rec.

2871/2021) que, en lo que interesa, estableció como respuesta a la cuestión de interés casacional que "la pretensión de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por el pago realizado en autoliquidaciones del IIVTNU, con fundamento en la responsabilidad patrimonial de la Administración Local en cuyo favor se hizo el pago y al margen de los procedimientos que se establecen en las normas tributarias, no requiere que el sujeto pasivo que efectuó dicho pago impugne directa o indirectamente la norma reglamentaria que, en el ámbito del respectivo municipio, regule el Impuesto, sino que es suficiente la mera declaración de nulidad de dicha norma reglamentaria en cualquier procedimiento, pero siempre que concurran todos los requisitos que exige esta responsabilidad patrimonial, entre ellos, el de la antijuridicidad del daño, que deberá examinarse caso por caso, y siempre que los pagos efectuados no hayan adquirido firmeza al momento de dicha declaración de nulidad".

4.8
Actos firmes de la Administración tributaria. Posibilidad de recurso extraordinario de revisión contra una resolución de un órgano económico-administrativo objeto de fiscalización en la vía judicial

En la sentencia de 16 de junio de 2022 (rec. 5405/2020, ponente: Rafael Toledano Cantero) se analiza la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistente en: "Determinar, interpretando los artículos 213.1 y 244.1 de la LGT, qué debe entenderse por 'actos firmes de la Administración tributaria' y por 'resoluciones firmes de los órganos económico-administrativos', aclarando así, si es admisible un recurso extraordinario de revisión contra una resolución de un órgano económico-administrativo que está siendo ya objeto de fiscalización en la vía judicial al haberse interpuesto contra la misma un recurso contencioso-administrativo".

Se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación: los artículos 12.1, 213.2 y 244.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; los artículos 113 y 125.1 y la disposición adicional primera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; y el artículo 3.1 del Código Civil.

Como respuesta a la cuestión de interés casacional, el Tribunal Supremo considera lo siguiente: "El tenor literal del art. 244.1 LGT no conduce a conclusiones diferentes a las establecidas en nuestras sentencias de 7 de junio de 2005 y de 20 de diciembre de 2006, cits., a propósito del recurso

extraordinario de revisión en el marco del procedimiento administrativo común, y con las mismas limitaciones, esto es, que la simultaneidad del recurso extraordinario de revisión con la impugnación en vía judicial del mismo acto, solo es posible cuando, estando en curso el procedimiento judicial, no cabe hacer valer los eventuales motivos del recurso de revisión en el proceso judicial interpuesto para la impugnación del acto firme en vía administrativa, lo que exige verificar la fase o instancia en la que se encuentra el procedimiento judicial al tiempo de conocer los documentos o sentencia firme que sustenta el recurso de revisión. No es un elemento relevante de interpretación la ausencia de mención explícita en el art. 244.1 LGT a que la firmeza de los actos que se pretende recurrir en revisión es la producida en vía administrativa, a diferencia del art. 125 LPAC, que sí precisa que el objeto de revisión son 'los actos firmes en vía administrativa. Y no lo es porque la firmeza en vía administrativa, funcionalmente, es una noción común al procedimiento administrativo común y al tributario, que comporta la inviabilidad de utilizar medio de impugnación ordinarios alguno en la vía administrativa, ya sea por haber dejado transcurrir los plazos para su interposición, o por haber agotado las vías ordinarias de impugnación en vía administrativa, con independencia del curso que puede seguir una eventual impugnación en vía judicial, que requiere que el acto objeto de impugnación haya puesto fin a la vía administrativa (art. 25.1 LJCA). Y tampoco es significativa la mención del art. 244.1 LGT tanto a 'los actos firmes de la Administración tributaria', por una parte, como a 'las resoluciones firmes de los órganos económico administrativos', pues ello obedece a la especificidad de los medios de revisión en vía administrativa que es propia de las leyes tributarias, lo que permite singularizar, conceptualmente, aquellos actos de la Administrativo tributaria que alcanzan la firmeza por no haberse interpuesto contra los mismos los medios de impugnación habilitados, de los que alcanzan firmeza administrativa previo agotamiento de esta vía de revisión económico administrativa. Por consiguiente, procede fijar como doctrina de interés casacional que, a los efectos del art. 244 LGT, por 'actos firmes de la Administración tributaria' y por 'resoluciones firmes de los órganos económico administrativos', debe entenderse la producida en vía administrativa, y que los posibles motivos de recurso extraordinario de revisión, cuando la resolución firme de un órgano económico-administrativo está siendo ya objeto de fiscalización en la vía judicial, deben ser alegados en la misma, de manera que solo en el caso de que ello no sea posible por la fase o estado en que se encuentre el proceso judicial, será posible que se hagan valer mediante un recurso extraordinario de revisión al amparo del art. 244 LGT".

4.9
IIVTNU. Carga de la prueba de que el precio de la transmisión fue inferior al de la adquisición del bien

La sentencia de 3 de junio de 2022 (rec. 3411/2020, ponente: Rafael Toledano Cantero) responde a la siguiente cuestión de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia: "Determinar si en los casos en los que los órganos judiciales optaron por la interpretación de la legalidad ordinaria sin planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad de la normativa reguladora del tributo, resulta procedente atribuir a la Administración la carga de la prueba de la existencia del hecho imponible o, por el contrario, le corresponde al sujeto pasivo, cuando alegue una minusvalía, aportar la prueba suficiente que permita concluir que el precio de la transmisión fue inferior al de la adquisición del bien".

Se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación los artículos 107.1, 107.2.a) y 110.4 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en relación con los artículos 105 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y 217 de la Ley 1/2000, de 6 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Sobre idéntica cuestión de interés casacional el Tribunal Supremo recuerda que ya se ha dictado sentencia núm. 698/2020, de 8 de junio (recurso de casación 2923/2018), en la que se hace una remisión íntegra a los razonamientos expresados en la sentencia de esa Sala núm. 1163/2018, de 9 de julio, que resuelve el recurso de casación núm. 6226/2017. Así, dada la identidad de los hechos y el acto administrativo recurrido, así como la semejanza de los argumentos expuestos por las partes, mantiene el mismo criterio observado en esa ocasión y por las razones expuestas entonces. Por ello, y en virtud de los principios de igualdad en la aplicación de la ley y de seguridad jurídica, la cuestión de interés casacional planteada se resuelve en los mismos términos expuestos en los pronunciamientos anteriores, en los que se argumenta lo siguiente: "Corresponde al sujeto pasivo del IIVTNU probar la inexistencia de una plusvalía real conforme a las normas generales sobre la carga de la prueba previstas en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria ('LGT') [mandato que no conlleva una quiebra de los principios de reserva de ley tributaria o del principio de seguridad jurídica] y en el fundamento de derecho séptimo, en el que, reiteramos, se establece como contenido interpretativo el siguiente: '1°) Los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL, a tenor de la interpretación que hemos hecho del fallo y del fundamento jurídico 5 de la STC 59/2017, adolecen solo de una inconsti-

tucionalidad y nulidad parcial. En este sentido, son constitucionales y resultan, pues, plenamente aplicables, en todos aquellos supuestos en los que el obligado tributario no ha logrado acreditar, por cualquiera de los medios que hemos expresado en el fundamento de derecho Quinto, que la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título (o la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos), no ha puesto de manifiesto un incremento de su valor o, lo que es igual, una capacidad económica susceptible de ser gravada con fundamento en el artículo 31.1 CE. 2°) El artículo 110.4 del TRLHL, sin embargo, es inconstitucional y nulo en todo caso (inconstitucionalidad total) porque, como señala la STC 59/2017, *no permite acreditar un resultado diferente al resultante de la aplicación de las reglas de valoración que contiene*, o, dicho de otro modo, porque *imp[ide] a los sujetos pasivos que puedan acreditar la existencia de una situación inexpresiva de capacidad económica (SSTC 26/2017, FJ 7, y 37/2017, FJ 5)*. Esa nulidad total de dicho precepto, precisamente, es la que posibilita que los obligados tributarios puedan probar, desde la STC 59/2017, la inexistencia de un aumento del valor del terreno ante la Administración municipal o, en su caso, ante el órgano judicial, y, en caso contrario, es la que habilita la plena aplicación de los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL [...]'".

5
Urbanismo

5.1
Preceptividad del informe previsto en el art. 35 de la Ley General de Telecomunicaciones de 2014 (actual art. 50 de la LGT de 2022) para la aprobación de ordenanzas dictadas en el ejercicio de competencias urbanísticas

En la sentencia de 21 de julio de 2022 (rec. 4675/2021, ponente: Inés María Huerta Garicano), la cuestión sobre la que se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si "el informe del Ministerio de Industria, Energía y Turismo a que se refiere el artículo 35 de la Ley General de Telecomunicaciones es preceptivo en la aprobación de una ordenanza municipal reguladora de aspectos materiales relativos al paisaje urbano, identificando como norma jurídica objeto de interpretación, el artículo 35 de la de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (actual artículo 50 de la LGT de 2022)".

En primer lugar, y siguiendo la doctrina emanada de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2011 (rec. 3037/2008), el Tribunal Supremo considera que "llegamos a la conclusión de que el informe contemplado en el tan citado artículo 44.3 es exigible a las ordenanzas municipales sobre regulación de la instalación de redes de comunicaciones que formalmente no se presenten como instrumentos de planeamiento urbanístico pero que de hecho contengan una regulación tal que en la práctica venga a subdividir la clase de suelo de que se trate en zonas diferenciadas por razón del destino específico o aprovechamiento urbanístico concreto que se les asigne, es decir, que materialmente califiquen suelo".

Así, tras analizar el contenido de la Ordenanza municipal sometida a recurso de casación, el Tribunal Supremo concluye que se trata de un "instrumento normativo independiente del Ayuntamiento que contiene determinaciones urbanísticas muy concretas y variadas, como queda demostrado de su contenido pormenorizadamente transcrito".

Por ello, y como respuesta a la cuestión de interés casacional, el Tribunal Supremo confirma que "el informe del Ministerio de Industria, Energía y Turismo a que se refiere el artículo 35 de la Ley General de Telecomunicaciones resulta preceptivo para la aprobación de una ordenanza municipal reguladora de aspectos materiales relativos al paisaje urbano".

5.2
Usos y aprovechamientos que se pueden llevar a cabo en la zona periférica de protección exterior de un parque nacional. Planificación ambiental y planificación urbanística

La sentencia de 21 de julio de 2022 (rec. 3079/2021, ponente: Fernando Román García) responde a la siguiente cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consistente en "precisar y complementar nuestra jurisprudencia a fin de determinar: […] qué cabe entender por 'usos tradicionales' a fin de determinar los usos y aprovechamientos que se pueden llevar a cabo en la Zona Periférica de protección exterior de un Parque Nacional (en este caso Parque Nacional d'Aigüestortes i Estany de Sant Maurici); 2) si la anulación de un vertido de aguas residuales que ha sido objeto de Declaración Ambiental Estratégica favorable, incumple la finalidad de dicho instrumento, prevista en el art. 1 y 25 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental".

Y, a tal efecto, el auto de admisión identificó como normas jurídicas que deberían ser objeto de interpretación:

"[...] Arts. 3.a) y 4 de la Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales, y Ia Disposición Transitoria Única y Directriz Tercera (apartados 3.2, 3.2.1.e, 3.2.3.I y 3.2.3.m) del Plan Director de la Red Nacional de Parques Nacionales, aprobado por Real decreto 389/2016 y arts. 101 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Aguas, y arts. 245 y 250 del Real Decreto 849/86, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico y art. 1 y 25 Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación ambiental".

La sentencia da respuesta a la cuestión suscitada en los siguientes términos:

"(i) En la zona periférica de protección exterior de un Parque Nacional se podrán llevar a cabo los usos y aprovechamientos autorizados en la normativa de aplicación que, en el caso del Parque Nacional de Aigüestortes y Lago de Sant Maurici aparece concretada, además de en la Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales, en el artículo 4 de la Ley 7/1988, de 30 de marzo, de reclasificación del Parque Nacional de Aigüestortes y Lago de Sant Maurici y en el artículo 28.b) del Decreto 39/2003, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Plan rector de uso y gestión del Parque Nacional de Aigüestortes i Estany de Sant Maurici.

(ii) En virtud de lo previsto en dicha normativa, en la zona periférica de protección exterior del Parque citado están permitidos los usos y aprovechamientos tradicionales compatibles con las finalidades de protección y conservación del medio; y también aquellos otros que, siendo compatibles con las finalidades de protección y conservación del medio, puedan calificarse como 'aprovechamiento, obra o actividad nueva', si bien en este caso deberán ser previamente autorizados por la administración del Parque, que tendrá que solicitar al efecto informe al Patronato del Parque Nacional".

5.3
Urbanismo: aprobación parcial de instrumento de planeamiento. Vicio procedimental individualizado respecto de un determinado ámbito territorial o concretas determinaciones del mismo: alcance de la declaración de nulidad

En la sentencia de 12 de julio de 2022 (rec. 4840/2021, ponente: Inés María Huerta Garicano), la cuestión sobre la que se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si "en el caso –como el concernido– de un instrumento de ordenación urbanística

aprobado (a excepción de los que afectan a ámbitos territoriales expresamente indicados), que contienen actuaciones sobre el dominio público marítimo-terrestre, cabe declarar la nulidad total de aquél por la ausencia del informe de costas, o, por el contrario, ha de examinarse si, guardando coherencia las concretas determinaciones aprobadas, quedaban afectadas –o no– por el informe omitido (fuera de plazo), para en su caso, declarar únicamente la nulidad parcial".

Las normas jurídicas objeto de interpretación son los artículos 112.a) y 117 de la Ley 22/88, de 28 de julio, de Costas, en relación con la disposición adicional segunda, apartado 4.º, de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, los artículos 47 y 51 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y el artículo 71.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Como conclusión, y en respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, el Tribunal Supremo considera que "es legalmente posible –y así ha sido reiteradamente admitido por nuestra jurisprudencia, plasmado en la normativa estatal y autonómica– la aprobación parcial de un Plan cuando, como aquí acontece, no se ve afectado por la omisión de un informe preceptivo y vinculante en materia de costas dado que sus determinaciones urbanísticas quedaban limitadas a zonas del interior desligadas del litoral e independientes de las que puedan adoptarse, una vez se reciba el informe, respecto de las zonas para las que quedó suspendida su aprobación".

5.4
Urbanismo. Modificación aislada de un plan general de ordenación urbana, afectada por riesgos geomorfológicos. Examen de la exigencia de la declaración de evaluación ambiental estratégica y del informe de sostenibilidad económica

La sentencia de 11 de julio de 2022 (rec. 2436/2021, ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy) responde a la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en:

> "1) Determinar si una modificación aislada de un Plan General de Ordenación urbana, afectada por riesgos geomorfológicos, se halla dentro del ámbito de aplicación de la evaluación ambiental estratégica del art. 6 de la Ley 21/13, de 9 de diciembre, de Evaluación ambiental, o, sí, únicamente, ha de ser objeto de un estudio de detalle de riesgos geomorfológicos.

2) Determinar si resulta exigible la incorporación a una Modificación aislada de un Plan General de Ordenación Urbana del Informe de Sostenibilidad Económica, cuando aparecen riesgos geomorfológicos en los terrenos del entorno, o si dicho requisito puede entenderse cumplido con el Informe que acompaña el propio PGOU".

Son objeto de interpretación el artículo 6 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, y el art*ículo* 22.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

Como respuesta a la primera de las cuestiones de interés casacional, el Tribunal Supremo entiende que "debe declararse que no es admisible que una evaluación ambiental de un plan de urbanismo, o su modificación, en terrenos con riesgos naturales, pueda terminar con un IEA, imponiendo la condición de la elaboración de un estudio de detalle de riesgos geomorfológicos, que debe valorar el órgano sustantivo de aprobación del planeamiento, sino que si existen esos riesgos debe emitirse la DEAE pertinente".

Respecto a la segunda de las cuestiones de interés casacional planteadas, el Tribunal Supremo considera que, "a la vista de las circunstancias que concurren en el caso de autos, conforme se razona en la sentencia de instancia, en la medida que una Modificación Aislada de un planeamiento general no comporta la instalación de servicios que no estuvieran ya previsto al aprobarse el planeamiento general, no requiere la emisión del informe de sostenibilidad económica, lo cual comporta rechazar este motivo del recurso".

5.5
Informe de viabilidad económica de un plan urbanístico

La sentencia de 5 de julio de 2022 (rec. 4677/2021, ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy) responde a la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en "reafirmar, reforzar, complementar, y, en su caso, matizar, o corregir nuestra jurisprudencia sobre la incidencia de la omisión del informe de sostenibilidad económica en la aprobación de los instrumentos de ordenación, que comporten actuaciones de transformación urbanística".

Se identifica como norma jurídica objeto de interpretación el artículo 15.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (actual artículo 22.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015).

El Tribunal Supremo, reiterando lo ya declarado en la jurisprudencia, da respuesta a la cuestión que suscita interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, indicando que "tanto el informe o memoria de sostenibilidad económica o, en caso de actuaciones en suelo urbano, la memoria de viabilidad económica, constituyen requisitos necesarios para la aprobación de tales instrumentos de ordenación y que su omisión comporta la nulidad de pleno derecho de los mismos".

5.6
Urbanismo y unidad de mercado. Compatibilidad del régimen de suspensión de licencias establecido en la legislación urbanística con los principios de necesidad y proporcionalidad exigibles para limitar o restringir el acceso al ejercicio de una actividad económica

En la sentencia de 30 de junio de 2022 (rec. 5615/2020, ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat) se precisa que las cuestiones sobre las que se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consisten en: "(i) determinar si es compatible la suspensión del otorgamiento de licencias derivada de la aprobación inicial del Plan en los ámbitos afectados por la modificación, impuesta por el artículo 85.3 de la Ley vasca 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo (LSU) con la exigencia de motivación individualizada de dicha suspensión, en base al artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM); y, (ii) en el caso de que se considere que no es compatible, determinar si un juez o tribunal puede inaplicar dicho precepto legal autonómico –u otros de contenido similar– sin plantear previamente la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional".

Se identifican como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, los artículos 85.3 de la Ley vasca 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo; 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado; y 117.1 y 163 CE.

El Tribunal Supremo, dando respuesta a las cuestiones planteadas en el recurso de casación, declara que "[u]na Administración incumple las obligaciones que le incumben, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, cuando, con ocasión de la tramitación del procedimiento de modificación o revisión de una ordenanza municipal, adopta un Acuerdo de suspensión cautelar del otorgamiento de licencias sin ponderar si las limitaciones impuestas al desarrollo de actividades económicas puede justificarse por razones imperiosas

de interés general vinculadas con el interés público referidos a garantizar la calidad del entorno urbano o la protección del medio ambiente, y sin comprobar ni verificar que tal medida resulta acorde con los principios de necesidad y proporcionalidad. En los términos en que resolvemos el presente recurso de casación, no procede que nos pronunciemos sobre la segunda cuestión que, según se recoge en el Auto de Admisión, presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, por cuanto entendemos que no concurre el presupuesto de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional hubiere debido plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional sobre el artículo 85.3 de la Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, por ser contrario a la Constitución, en los términos del artículo 163 de la Constitución, pues, como hemos expuesto, la sentencia impugnada se ha ajustado al sistema constitucional de ordenación de las fuentes del Derecho, considerando compatible la legislación urbanística de la Comunidad Autónoma del País Vasco con la legislación estatal en materia de garantía de la unidad de mercado".

5.7
Informe sobre suficiencia hídrica y planificación urbanística. Falta de necesidad de su emisión

El Tribunal Supremo confirma su matización a la doctrina jurisprudencial interpretativa sobre la necesidad de emisión del informe de suficiencia y disponibilidad de recursos hídricos en su sentencia de 16 de junio de 2022 (rec. 1899/2021, ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy). Así, la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si "el informe emitido por la Administración hidrológica competente (en este caso, el Consejo Insular de Aguas) con ocasión del otorgamiento de la concesión para ocupación del cauce –que expresa las condiciones y medidas de obligado cumplimiento para la ejecución del proyecto por parte del concesionario– cumple la exigencia del art. 15 del R.D. Legislativo 2/2008, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo (actual art. 22.3.a) del Real Decreto Legislativo 7/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana). 3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: arts. 15.3 de la Ley del Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio); y 1, 18, 25.4 y Disposición Adicional 9ª de la Ley de Aguas (Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio)".

El Tribunal Supremo, dando respuesta a las cuestiones planteadas en el recurso de casación, declara que "cuando un instrumento de ordenación urbana tenga por finalidad, conforme a la normativa autonómica, la ordenación del suelo a los efectos de ejecutar un proyecto que requiere una previa concesión administrativa de la Administración, sin aumentar las dotaciones ya previstas en el objeto de la concesión, y consta acreditado que la concesión tiene garantizada la existencia y disponibilidad de los recursos hídricos, el posterior instrumento de ordenación no requiere la emisión de un nuevo informe sobre dichos recursos, en la medida que no comporta aumento respecto de los ya contemplados con ocasión del otorgamiento de la concesión".

6
Contratos del sector público

6.1
Unidades de obra ejecutadas al margen de un contrato. Intereses de demora y naturaleza jurídica

La sentencia de 13 de junio de 2022 (rec. 5437/2020, ponente: José María del Riego Valledor) responde a la siguiente cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia: "si el derecho al cobro del importe de las unidades de obra ejecutadas al margen del contrato y sin mediar modificado alguno, que se reconoce en aplicación del principio de enriquecimiento injusto, tiene naturaleza indemnizatoria o es precio del contrato; y si a los intereses de demora que genera le es de aplicación la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales".

Se identifican como normas objeto de interpretación las contenidas en los artículos 35.1 y 200.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, el principio general del derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto de la Administración y el artículo 1109 del Código Civil.

La respuesta a la cuestión de interés casacional se ofrece en los siguientes términos: "Ante la realización de unas obras en favor de la Administración pública ejecutadas al margen de un contrato y sin modificado alguno, el ordenamiento admite diversas alternativas legales, por lo que la cuestión de la naturaleza indemnizatoria o contractual del pago deberá hacerse en atención a las circunstancias del caso. En el supuesto examinado en este recurso, en el que la Administración siguió un procedimiento de revisión de oficio, con declaración de nulidad de las actuaciones de ejecución de unidades de obra

en las que se prescindió total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, al haberse omitido los trámites previstos en el artículo 217.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), para los casos en los que el Director facultativa de la obra considere necesaria la modificación del proyecto, la naturaleza del pago de las unidades de obra ejecutadas fuera de proyecto tuvo un carácter indemnizatorio, como resulta de la propia resolución de declaración de nulidad, que fijó una indemnización en favor del contratista con expreso fundamento en el principio de interdicción del enriquecimiento injusto de la Administración. Al no proceder los intereses de demora desde los 60 días siguientes a la terminación y ocupación de las obras realizadas fuera de proyecto, como reclama la parte recurrente, no es necesario un pronunciamiento sobre si resulta aplicable el tipo de interés determinado por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales".

6.2
Contratos. Cálculo de la cuantía a efectos del recurso de apelación cuando se cuestiona la revisión de precios de los contratos del sector público

La sentencia de 13 de junio de 2022 (rec. 5572/2020, ponente: Eduardo Calvo Rojas) responde a la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en determinar "el cálculo de la cuantía a efectos del recurso de apelación cuando se cuestiona la revisión de precios de los contratos del sector público, a fin de determinar si ha de estarse a la cuantía de la revisión con la periodicidad que se establezca en los pliegos o a la cantidad que resulte de aplicar la revisión a cada pago parcial que se realice conforme a lo pactado por las partes".

Se identifican como normas objeto de interpretación las contenidas en los artículos 41.1, 41.3 y 81.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y los apartados 3 y 4 del artículo 89 de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

En este sentido, la cuestión que se suscita en el auto de admisión ya fue abordada por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencia n.º 167/2021, de 10 de febrero (rec. 2094/2019), en la que se resolvió un recurso de casación en el que también fue parte el Ayuntamiento de Madrid. Por ello, el Tribunal Supremo consolida la doctrina emanada de su anterior pronunciamiento, reiterando sus siguientes conclusiones:

"1º En lo que hace a la periodicidad de la revisión de precios, el artículo 89.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, aplicable al caso, prevé para la revisión del contrato de gestión que la primera revisión podrá tener lugar una vez transcurrido el primer año desde la formalización del contrato.
2º Además el TRLCSP se centra en regular aspectos referidos al sistema de índices, fórmulas y coeficientes y en lo que ahora interesa, a efectos temporales lo más que cabe deducir de su artículo 92, en relación con el artículo 91.3, es una remisión a las fechas de las revisiones, lo que implica que haya que estar tanto a los pliegos de cláusulas como a los contratos.
3º Esto es lo relativo a los parámetros temporales. Ahora bien, en lo que a este recurso interesa lo relevante es que si el valor del contrato se calcula por su totalidad y ese total por anualidades (cfr. artículo 88.1, 5 y 6 del TRLCSP), la revisión se calculará sobre tal parámetro, es decir, el total de lo debido al contratista cada año. Cosa distinta es que ya el pago de cada anualidad, con sus revisiones, se efectúe en las certificaciones o pagos parciales (cfr. artículo 94). 4º Por tanto, y a efectos del artículo 93.1 de la LJCA en cuanto al límite de 30.000 euros del artículo 81.1.a) de la LJCA, se concluye que si lo litigioso se ciñe al cálculo de la revisión anual, debe estarse al importe de la misma para ese periodo de tiempo, revisión que se calcula a su vez sobre el precio total del contrato en esa anualidad".

6.3
Fundamentos para la renuncia a la celebración de un contrato por razones de interés público

La sentencia de 9 de junio de 2022 (rec. 5347/2020, ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat) responde a la siguiente cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia: "determinar si la posibilidad de 'renuncia a la celebración del contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente', prevista en el artículo 155.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (hoy, artículo 152.3 de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), debe fundarse únicamente en razones sobrevenidas o exógenas a la licitación, o la citada renuncia puede utilizarse también cuando

se deba a causas previas a la adjudicación del contrato, en concreto, por identificación de contenido inadecuado del pliego de condiciones administrativas particulares".

Se identifican como normas objeto de interpretación las contenidas en los artículos 155.3 y 4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, actuales artículos 152.3 y 4 de la Ley 9/2017.

La respuesta a la cuestión de interés casacional se ofrece en los siguientes términos: "[e]l artículo 155.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado su Texto Refundido por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, debe interpretarse en el sentido de que la renuncia a la celebración del contrato acordada por el órgano de contratación, con anterioridad a la adjudicación del contrato administrativo debe ampararse en razones de interés público debidamente justificadas en el expediente, sin que deba concurrir inexorablemente el presupuesto de que las razones invocadas deban tener un carácter sobrevenido o exógeno al propio procedimiento de licitación, en la medida que lo que resulta determinante es que dichas razones de interés público persistan antes de la culminación del procedimiento de adjudicación del contrato público".

7
Procedimiento administrativo

7.1
Régimen jurídico de las comunicaciones previas a que se refiere el art. 69.2 de la Ley 39/2015. Imposibilidad de aplicación de las causas de suspensión del plazo máximo para resolver

La sentencia continúa perfilando el régimen jurídico aplicable a las comunicaciones previas como técnicas de policía administrativa, y en concreto, en lo que se refiere a sus aspectos procedimentales, responde, en interpretación de los artículos 22 y 69.2 de la Ley 39/2015, a una cuestión sobre la que se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consistente en determinar si "cabe aplicar a las comunicaciones previas a que se refiere el artículo 69.2 de la Ley 39/2015 las causas de suspensión del plazo máximo para resolver previstas en su artículo 22, concretamente la identificada en el apartado g)".

El Tribunal Supremo responde, sin ambages, que no cabe aplicar a las comunicaciones previas a que se refiere el artículo 69.2 de la Ley 39/2015 las

causas de suspensión del plazo máximo para resolver previstas en el artículo 22.1.g) de la misma ley.

La argumentación resulta de gran interés, pues afirma el Tribunal Supremo que "no existe ya, propiamente, un procedimiento sometido al régimen de autorización (esto es, un procedimiento que deba iniciarse con una solicitud del interesado y deba finalizar con una resolución favorable de la Administración), por haber sido sustituido normativamente por el régimen de la declaración responsable y la comunicación previa, lógico será concluir que existe una dificultad conceptual –más bien, imposibilidad– para aplicar directamente a la comunicación previa las causas de suspensión del plazo para resolver, que están previstas para aquellos procedimientos".

No obstante, y a la vista del supuesto fáctico que se presenta en el asunto sometido al recurso de casación, el Tribunal Supremo sí que considera adecuado a derecho suspender temporalmente la eficacia –no confundir con el plazo para resolver– de una comunicación, por estar pendiente de decisión judicial la controversia sobre la declaración de ineficacia de una primera comunicación sobre la misma actividad (que se condicionaba a la validez de una declaración de impacto ambiental).

7.2
Notificaciones administrativas. Requisitos para su correcta realización

La sentencia de 19 de septiembre de 2022 (rec. 5522/2020, ponente: María del Pilar Teso Gamella) responde a una cuestión de interés casacional respecto a las notificaciones en el procedimiento administrativo, consistente en determinar si "a los efectos de tener por debidamente acreditado el intento de notificación de las resoluciones administrativas resulta exigible que en la documentación acreditativa del mismo consten, además de la identificación del expediente, la fecha y contenido del acto a notificar".

Se identifican como normas objeto de interpretación las contenidas en los artículos 92 y 50 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –vigentes 95 y 41.1, párr. 5, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas–.

Para responder a la citada cuestión de interés casacional objetivo, el Tribunal Supremo realiza una interesante disertación sobre el régimen jurídico de las notificaciones administrativas, perfilando en la fundamentación de la sentencia sus principales características y requisitos. Como doctrina jurispru-

dencial, el Tribunal Supremo determina que "la práctica de la notificación del acto administrativo relativo a la advertencia de la caducidad del procedimiento en el procedimiento, iniciado por la interesada sobre la situación de dependencia, exigía que, además de practicarse la notificación por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado, también consignara la fecha, identidad y el contenido del acto notificado, mediante la correspondiente alusión o referencia específica al contenido esencial del mentado acto".

7.3
Notificaciones administrativas. Preceptividad del aviso tras dos intentos de notificación infructuosos

La sentencia de 27 de julio de 2022 (rec. 5544/2021, ponente: Ángel Ramón Arozamena Laso) responde a la siguiente cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia: "determinar si, una vez realizados los dos intentos de notificación sin éxito por personal de Correos, se debe proceder, cuando ello sea posible, a dejar al destinatario aviso de llegada en el correspondiente casillero domiciliario, acreditándose fehacientemente dicho extremo en la notificación, así como el significado y el alcance de dicho aviso de llegada".

Se identifican como normas objeto de interpretación las contenidas en los artículos 58.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (hoy artículo 40.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), y 41 y 42 del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, que regula la prestación de los servicios postales.

Argumenta el Tribunal Supremo que, "de entender cumplida la obligación de notificar –en este caso, de entender resuelto el procedimiento dentro de plazo de caducidad–, ha de estarse a la fecha del intento de notificación, siempre que éste sea regular y se atempere a las exigencias legales y reglamentarias en cuanto al lugar, día y hora procedentes".

En este sentido, interpreta el Tribunal Supremo que la mención normativa "el intento de notificación debidamente acreditado" comprende y exige el aviso de llegada. Es requisito imprescindible, conforme a la reglamentación postal, no ya solo que se expresen los dos intentos de notificación fallidos, sino además que el servicio de correos deje constancia en el casillero del destinatario del aviso de llegada, de todo lo cual debe quedar constancia en

la documentación extendida por el personal del operador del servicio postal universal.

Por todo ello, la respuesta a la cuestión de interés casacional se ofrece en los siguientes términos: "una vez realizados los dos intentos de notificación sin éxito por personal de Correos, se debe proceder, cuando ello sea posible, a dejar al destinatario aviso de llegada en el correspondiente casillero domiciliario, acreditándose fehacientemente dicho extremo en la notificación. Todo ello atendidos los razonamientos que se recogen en el fundamento de derecho cuarto".

7.4
Omisión de firma electrónica y registro en solicitud presentada por vía electrónica: es aplicable la previsión de subsanación del art. 68 de la Ley 39/2015

La sentencia de 7 de julio de 2022 (rec. 692/2020, ponente: Luis María Díez-Picazo Giménez) responde a la cuestión declarada de interés casacional objetivo consistente en determinar si "el artículo 68 de la Ley 39/2015 –de redacción similar al artículo 71 LRJCA– resulta de aplicación en los supuestos de presentaciones telemáticas no finalizadas, de forma que no se pueda tener por decaído en su derecho al solicitante, sin previo requerimiento de subsanación".

Se identifican como normas objeto de interpretación "las contenidas en el artículo 68 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas –de contenido muy similar al anterior artículo 71 LRPAC–, así como los principios de buena fe, confianza legítima del artículo 3.1 e) Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en relación con el artículo 23.2 CE al versar sobre acceso a la función pública".

Este recurso de casación es sustancialmente igual al recurso de casación n.º 6119/2019, resuelto por la Sala mediante sentencia n.º 762/2021. Se conforma, por tanto, doctrina jurisprudencial estableciendo que "el deber de dar un plazo de diez días para la subsanación de las solicitudes que hayan omitido la 'firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio', en palabras del vigente art. 66.1.e) de la Ley 39/2015, está expresamente previsto por el art. 68 del mismo cuerpo legal. Y que la vigente legislación de procedimiento administrativo ha sido ya pensada para la llamada 'Administración electrónica' resulta evidente de la simple lectura de la citada Ley 39/2015, para la que el modo tendencialmente normal de comunicación entre la Administración y los particulares es el electrónico. Así las cosas, sería sumamente difícil –por no decir imposible– argumentar

que la previsión legal del carácter subsanable de la omisión de firma en las solicitudes no es aplicable a las solicitudes presentadas por vía electrónica. Ello vale igualmente para aquellas omisiones que, sin referirse a la firma electrónica propiamente dicha, afectan a la 'acreditación de la autenticidad de la voluntad' del solicitante, como podría ser el paso final de validar lo formulado y enviado por vía electrónica".

8

Otros ámbitos de interés (subvenciones, transparencia y salud pública)

8.1

Derecho de acceso a la información: existencia o no de régimen específico en el ámbito tributario (arts. 93, 94 y 95 de la LGT) que excluya la aplicación de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

En la sentencia de 18 de julio de 2022 (rec. 2024/2021, ponente: Eduardo Espín Templado), la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si, tal como razona la sentencia recurrida, "la Ley General Tributaria establece un sistema de acceso a la información propio en sus artículos 93, 94 y 95 (este último previendo un régimen de carácter reservado de la información de la Administración Tributaria) o si, por el contrario como alega el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, resulta de aplicación la Ley de Transparencia, puesto que la Disposición Adicional Primera de la Ley de Transparencia se refiere a una regulación completa del ejercicio del derecho de acceso, que no se contiene en la Ley General Tributaria".

El Tribunal Supremo, reiterando la doctrina establecida en la precedente sentencia de 24 de febrero de 2021, concluye lo siguiente: "La Ley General Tributaria ha de interpretarse en el conjunto del ordenamiento jurídico y a la luz de las nuevas garantías introducidas en la Ley 19/2013, de Transparencia, lo que lleva a concluir que su regulación no excluye ni prevé la posibilidad de que se pueda recabar información a la Administración Tributaria sobre determinados elementos con contenido tributario, al ser de aplicación la Disposición Adicional Primera de la Ley de Transparencia, como sucede en los supuestos en el que la información no entra en colisión con la el derecho a la intimidad de los particulares –a los que se reconoce el derecho a la limitación de acceso en el artículo 34 de la propia Ley General Tributaria–, o cuando, los datos que obran en poder de la Administración pueden ser necesarios para que los ciudadanos puedan hacer valer sus derechos, o

puedan estar informados de la actuación pública, información que ha de ajustarse a los límites que la propia Ley de Transparencia establece en su artículo 14 y a la protección de datos del artículo 15".

Lo anteriormente expuesto lleva al Tribunal Supremo a afirmar que "no se contiene en la Ley General Tributaria un régimen completo y autónomo de acceso a la información, y sí un principio o regla general de reserva de los datos con relevancia tributaria como garantía del derecho fundamental a la intimidad de los ciudadanos (art 18 CE). Por ende, las específicas previsiones de la LGT sobre confidencialidad de los datos tributarios no desplazan ni hacen inaplicable el régimen de acceso que se diseña en la Ley 19/2013, de Transparencia y Buen Gobierno (Disposición Adicional Primera)".

8.2
Subvenciones. Posibilidad, dentro del plazo de prescripción que habilita a la Administración para reclamar, de realización de un informe financiero y posterior procedimiento de reintegro por incumplimientos distintos a los que determinen un reintegro anterior

En la sentencia de 6 de julio de 2022 (rec. 2764/2020, ponente: Eduardo Espín Templado), la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar "si la verificación y comprobación desplegada por la Administración Pública de una subvención concedida que culmina con la liquidación del importe y abono de la ayuda o con una resolución de reintegro enerva la incoación de un posterior procedimiento de reintegro incoado a raíz del Informe definitivo de control financiero emitido por la Intervención General, y aboca al procedimiento de revisión de oficio, por tratarse, la meritada primera resolución, de un acto administrativo que ha devenido definitivo y firme".

En la resolución se identifican como normas jurídicas que han de ser objeto de interpretación las contenidas en los artículos 37, 43 y 45 de la Ley General de Subvenciones, y 102 y 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actuales artículos 106 y 107 de la Ley 39/2015).

En atención a la interpretación de las normas efectuada al resolver el litigio, el Tribunal Supremo declara como doctrina jurisprudencial que "la verificación y comprobación de una subvención por parte de una Administración pública concedente que culmina con una resolución de reintegro no excluye la realización de un informe de control financiero ni un ulterior procedimiento de reintegro derivado de la constatación de incumplimientos distintos a los

que determinaron el anterior reintegro, siempre que no hubiera transcurrido el plazo de prescripción que habilita a la Administración para reclamar".

8.3
Adopción de medidas de salud pública. Cobertura normativa

En la sentencia de 22 de junio de 2022 (rec. 5690/2021, ponente: Pablo Lucas Murillo de la Cueva) se responde a la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en la determinación de "si el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, presta cobertura jurídica suficiente para que la autoridad sanitaria adopte medidas restrictivas de los derechos fundamentales –en particular, la limitación del número de personas que participan en reuniones públicas y privadas–, o si tales medidas han de estar amparadas en el régimen jurídico de los estados excepcionales regulados en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, o en otros cuerpos legales orgánicos u ordinarios".

Se identifican como normas objeto de interpretación las contenidas en los artículos 1 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública; 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; 2 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública; y 21 de la Constitución Española en relación con la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

La respuesta que ofrece el Tribunal Supremo a la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es "que, efectivamente, el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, interpretado conjuntamente con los artículos 26 de la Ley 14/1986 y 54 de la Ley 33/2011 presta cobertura jurídica suficiente para que la autoridad sanitaria competente adopte medidas restrictivas de derechos fundamentales y, en particular, la limitación del número de personas que participan en reuniones públicas y privadas".

8.4
Reintegro de subvenciones. Ajuste de precio como consecuencia de presentación de una mejor oferta contractual para la realización de la obra subvencionada

La sentencia de 16 de junio de 2022 (rec. 920/2021, ponente: Diego Córdoba Castroverde) responde a la cuestión que presenta interés casacional objetivo

para la formación de jurisprudencia que consiste en aclarar "si el ajuste de precio (reducción del coste de la inversión) como consecuencia de presentación de una mejor oferta contractual para la realización de la obra subvencionada (que se acomete en su integridad) es equivalente a la minoración del porcentaje de inversión (previsto en las bases reguladora de que se trate) a efectos de justificar una revocación total de la subvención otorgada".

La doctrina jurisprudencial que se establece en respuesta a la cuestión planteada en el auto de admisión del recurso de casación es que "se considera que el ajuste de precio (reducción del coste de la inversión) como consecuencia de presentación de una mejor oferta contractual para la realización de la obra subvencionada, que se acomete en su integridad, no permite entender que se ha producido un incumplimiento de la inversión que determine su reintegro, sin perjuicio de reducir el importe de la subvención en el porcentaje correspondiente en relación con el importe de la inversión realmente realizada".

8.5
Subvenciones. Momento procesal para la reclamación de intereses compensatorios por retraso en el reconocimiento del derecho

La sentencia de 15 de junio de 2022 (rec. 2146/2021, ponente: Eduardo Calvo Rojas) responde a la cuestión planteada en el auto de admisión del recurso de casación que declara que reviste interés casacional objetivo determinar, "en el caso de que la Administración deniegue la solicitud de derechos de pago único, ayuda o subvención, y dicho acto sea posteriormente anulado, reconociéndose su procedencia, lo que ocasione el pago de los mismos fuera de los plazos establecidos al efecto, si se devengan intereses compensatorios, y, en su caso, procedimiento adecuado para su reclamación". El auto de admisión del recurso identifica, igualmente, las normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: artículo 1108 del Código Civil, en relación con los artículos 92.1 y 96 del Real Decreto 1618/2005, de 30 de diciembre, sobre aplicación del régimen de pago único y otros regímenes de ayuda directa a la agricultura y a la ganadería; así como artículo 106.2 de la Constitución en relación con el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La respuesta que ofrece el Tribunal Supremo a la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es que, "en el caso de que la Administración deniegue la solicitud de derechos de pago único (ayuda o subvención), si la reclamación de intereses compensatorios por retraso en el reconocimiento del derecho no se formula en el mismo proceso en el que se

impugna la resolución denegatoria de la subvención –que es la sede procesal natural de tal pretensión en tanto que estrechamente vinculada con la principal de reconocimiento del derechono cabe excluir una ulterior reclamación autónoma de aquellos intereses compensatorios; si bien, a falta de una previsión normativa expresa sobre el abono de tales intereses, la reclamación de intereses compensatorios habrá de hacerse en un ulterior procedimiento donde se dilucide la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración".

8.6
Ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Transparencia y causa de inadmisión de las solicitudes de acceso a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración

La sentencia de 2 de junio de 2022 (rec. 4116/2020, ponente: José María del Riego Valledor) responde a la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en "completar, reforzar o, en su caso, matizar la jurisprudencia de esta Sala Tercera, reseñada en el razonamiento jurídico tercero de esta resolución, a fin de aclarar los presupuestos y requisitos de aplicación de la causa de inadmisión de solicitudes de acceso a la información pública prevista en el artículo 18.1.c) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno; en particular, respecto de solicitudes de información de carácter urbanístico, ante la administración local competente, que puedan requerir de la emisión de un informe técnico municipal, cuando el solicitante no ostenta la condición de interesado en el procedimiento administrativo, ni la condición de miembro integrante de la corporación local".

Se identifican como normas objeto de interpretación las contenidas en los artículos 12 y 18.1.c) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en relación con el artículo 105.b) de la Constitución Española; "sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 90.4 LJCA".

Con carácter general, se refiere dicha cuestión al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y a la causa de inadmisión de las solicitudes de acceso a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración.

La respuesta de la Sala a la cuestión de interés casacional planteada en el auto de admisión del recurso es la siguiente: "1.– Reiteramos el criterio juris-

prudencial fijado en la sentencia de 16 de octubre de 2017 (recurso 75/2017), consistente en que la formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el artículo 14.1 de la Ley 19/2013, como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen enumeradas en el artículo 18.1 de la misma ley, sin que quepa aceptar limitaciones que supongan un menoscabo injustificado y desproporcionado del derecho de acceso a la información. Por ello, la causa de inadmisión de las solicitudes de información que se contempla en el artículo 18.1.c) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, no opera cuando quien invoca tal causa de inadmisión no justifique de manera clara y suficiente que resulte necesario ese tratamiento previo o reelaboración de la información. 2.– El artículo 12 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, reconoce el derecho de acceso a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105 de la Constitución, de forma amplia 'a todas las personas', sin requerir la acreditación de acreditar un determinado interés, y las disposiciones de la citada ley que integran su título I, referido a la transparencia de la actividad pública, en el que se incluyen las normas que regulan el derecho de acceso a la información pública y entre ellas el citado artículo 12 de reconocimiento del derecho de acceso a la información pública a todas las personas, son de aplicación a las entidades que integran la Administración Local, por disposición del artículo 2.1.a) de la citada ley".

QDL60

CRÓNICA CONSULTIVA

La modificación del planeamiento urbanístico cuando afecta a zonas verdes o espacios libres públicos, a la luz de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears. La posición del Consejo Consultivo de las Illes Balears

María Ballester Cardell

Profesora contratada doctora de Derecho Constitucional. Universitat de les Illes Balears

1. **Introducción. El carácter garantista de la función consultiva**
2. **Enfoque y planteamiento de la cuestión**
3. **Posición adoptada por el Consejo Consultivo de las Illes Balears. Marco normativo aplicable y exigencias esenciales de tramitación**
4. **Los conceptos de zona verde y espacio público y las condiciones del *ius variandi* por parte de la Administración urbanística**
5. **Consideraciones jurídicas sobre el fondo del asunto**
6. **Conclusiones**

1
Introducción. El carácter garantista de la función consultiva

En general, la actividad consultiva se plantea como una función de garantía o como un instrumento de control sobre los poderes activos, con el fin de comprobar que los procesos decisorios encajen en la legalidad vigente. En oca-

siones, el ordenamiento jurídico dispone que se formule la consulta de forma preceptiva, para asegurar la intervención de los órganos consultivos en aquellos asuntos que sean de especial relevancia. Habitualmente, el dictamen emitido no tiene valor vinculante, si bien, de forma muy mayoritaria, la Administración consultante sigue el criterio fijado por el superior órgano de consulta. Sin embargo, en otros casos el dictamen debe ser favorable para que pueda prosperar la iniciativa formulada por la Administración consultante, como es el caso de la modificación de instrumentos de planeamiento urbanístico. Sea cual fuere el carácter del dictamen emitido, la intervención de un superior órgano asesor contribuye a aportar conocimiento jurídico de cara a mejorar el proceso de decisión del Gobierno o de las Administraciones públicas.

El artículo 18.13 de la Ley 5/2010, de 16 de junio, reguladora del Consejo Consultivo, contempla una cláusula de cierre, según la cual resulta preceptivo el dictamen en relación con "cualquier otro asunto en el que una ley exija expresamente el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico superior". Por su parte, el artículo 60 de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears (como ya hacía el artículo 59 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo), dispone que la modificación de los sistemas urbanísticos de espacios libres o zonas verdes queda sujeta al dictamen del Consejo Consultivo de las Illes Balears, de forma que la resolución del expediente solo podrá ser aprobatoria si el dictamen del Consejo Consultivo es favorable. La intervención preceptiva de un órgano consultivo en los casos de modificación de instrumentos de planeamiento urbanístico se fundamenta en el artículo 50 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, según el cual no se pueden introducir tales modificaciones que incidan en zonas verdes o espacios libres sin contar con el dictamen favorable del superior órgano de consulta.

Con tales previsiones, el legislador establece unas medidas garantistas en la tramitación de la modificación del planeamiento urbanístico cuando afecta a zonas verdes y espacios libres públicos. A través del alto asesoramiento del órgano consultivo se verifica el cumplimiento de los requisitos de competencia y procedimiento, así como la concurrencia del interés público que necesariamente debe estar presente en este tipo de supuestos. La función consultiva, sin anular la discrecionalidad motivada de la Administración, "trata de asegurar su subsistencia y la integridad [de las zonas verdes o espacios libres públicos], no solo en cuanto a la superficie, sino también en cuanto a su funcionalidad y finalidad" (Dictamen 76/2015). También, en la misma línea, la Sentencia de 2 de febrero de 2000 del Tribunal Supremo determina: "Sobre este punto la jurisprudencia de esta Sala es uniforme (sentencias de 23 de junio de 1998 y 12 de abril de 1991, entre otras muchas) en el sentido de resaltar la trascendental importancia de las zonas verdes para un adecuado desarrollo de la vida ciudada-

na, así como los peligros que sobre ellas se ciernen, lo que ha dado lugar a que las modificaciones del planeamiento que lleguen a afectarlas estén sometidas a un régimen jurídico de especial rigor para su mejor protección, hasta el punto de que tales modificaciones se llevan a las más altas cumbres de la Administración, tanto activa como consultiva, según establece el artículo 50 TRLS, […] con las modificaciones que derivan del nuevo reparto territorial del poder que representa el sistema autonómico".

Por su parte, el artículo 21.*c* de la Ley 5/2010, de 16 de junio, dispone que pueden solicitar dictamen: "Los presidentes o presidentas de los consejos insulares, los alcaldes o alcaldesas, los rectores o rectoras de las universidades públicas y las personas que ocupen la representación de otras corporaciones, entidades u organismos públicos en los supuestos de emisión preceptiva del dictamen del órgano consultivo expresamente previstos en el ordenamiento jurídico". La habilitación legal a los presidentes de los consejos insulares para solicitar dictámenes –preceptivos, como sucede en este caso, pero también facultativos– resulta coherente con la regulación contenida en la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, que refuerza la estructura organizativa y el régimen competencial de los consejos insulares. A partir de aquel momento, los consejos se definen como "instituciones de gobierno de las islas" (artículo 8 EAIB) y se consideran integrados, junto con el Parlamento, el Gobierno y el presidente de la Comunidad Autónoma, en "el sistema institucional autonómico" (artículos 39 y 61.3 EAIB). En el plano competencial, la reforma estatutaria pone de manifiesto una carga importante de atribuciones a los consejos insulares –que asumen como "propias" las facultades conferidas por el legislador estatal y las que les da el propio Estatuto–, que justifica una organización específica para cumplir con el principio constitucional de eficacia. La consolidación de los consejos insulares en el sistema institucional de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears se produce, recientemente, con la aprobación de la Ley 4/2022, de 28 de junio, de consejos insulares, norma largamente esperada, que ha venido a actualizar uno de los ejes vertebradores de la organización territorial de las Illes Balears.

2
Enfoque y planteamiento de la cuestión

En el marco de la competencia preceptiva descrito en los preceptos antes señalados, la presidenta del Consejo Insular de Mallorca sometió a dictamen del Consejo Consultivo la modificación puntual del planeamiento urbanístico de Puigpunyent para la calificación de un Parque Verde y la reordenación de es-

pacios libres. Dicha petición fue atendida y dio lugar al Dictamen 103/2021, aprobado en la sesión de día 1 de diciembre.

La consulta se centra en la alteración de la zonificación y el uso urbanístico de los espacios libres y las zonas verdes del Ayuntamiento de Puigpunyent y, en especial, en el mantenimiento de la superficie y la funcionalidad de los sistemas objeto de modificación. El objetivo que se plantea es doble; por un lado, la calificación de un Parque Verde para la aportación de residuos –a fin de cumplir con el Plan Director Sectorial para la gestión de residuos urbanos de la isla de Mallorca–; y, por otro lado, reordenar algunos espacios libres públicos del núcleo de Puigpunyent, a los efectos de mejorar la accesibilidad del espacio de la plaza del Ayuntamiento y ampliar sus dimensiones para que su uso sea más funcional.

Se adjunta con la consulta el informe técnico del arquitecto municipal, de 20 de octubre de 2020, en el cual se justifica la necesidad de reservar en el planeamiento municipal un espacio para destinarlo a un Parque Verde para aportación de residuos. Téngase en cuenta que según el artículo 21 del Plan Director Sectorial de Residuos no Peligrosos de la isla de Mallorca, aprobado por el Pleno del Consejo Insular de Mallorca en sesión de día 9 de mayo de 2019: "Todos los municipios deben garantizar el servicio de punto limpio a sus ciudadanos […]. Los puntos limpios deben de estar previstos en los respectivos instrumentos de planeamiento urbanístico". Mientras que el artículo 26 de la citada disposición indica lo siguiente: "Las previsiones de este plan director sectorial relativas a zonas de ubicación de instalaciones, infraestructuras, equipamientos, servicios o actividades de explotación, usos del territorio y otras determinaciones asimiladas […] vinculan a todos los instrumentos de planeamiento urbanístico, por tratarse de aspectos en los que predomina el interés público insular. […] Los ayuntamientos de la isla de Mallorca que resulten afectados […] deben adaptar sus instrumentos de planeamiento urbanístico correspondientes en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de este plan sectorial […]". Por consiguiente, según el citado informe técnico, con la propuesta formulada, en primer lugar, se trata de regularizar la situación de los terrenos que en estos momentos ocupa el Parque Verde (que en el planeamiento vigente tienen la calificación de espacio libre público, en una zona situada entre el equipamiento docente y el deportivo). Además, con el fin de facilitar una mejor conexión entre la escuela y el equipamiento deportivo, y mejorar el acceso y la integración de la zona verde en su entorno, se prevé también la ampliación del espacio libre público de unos terrenos calificados como equipamiento deportivo. En segundo lugar, se propone la reordenación del actual espacio de la plaza del Ayuntamiento como espacio libre público (calificado en las normas vigentes como red viaria). En concreto, se

pretende ampliar la zona con el fin de dotarla de un gran espacio público en una posición más centrada, generando un espacio más funcional y de mejor accesibilidad para los viandantes desde cualquier punto.

Por su parte, el Servicio de Urbanismo (la arquitecta y la técnica jurídica) del Departamento de Territorio del Consejo Insular de Urbanismo emite una propuesta sobre este mismo asunto en la que se realizan las siguientes consideraciones. En primer lugar, y sobre la regularización del espacio de la plaza del Ayuntamiento, se afirma que se crea un nuevo espacio libre más amplio y funcional. Además, se señala que se produce una modificación de la delimitación del espacio libre situado entre la escuela y el equipamiento deportivo (a los efectos de calificarlo como zona de equipamientos y servicios comunitarios para destinar a Parque Verde); sin perder funcionalidad, sigue manteniendo las condiciones de espacio libre como sistema general. Y se afirma: "La disminución en su superficie se compensa creando un nuevo espacio libre con una situación más céntrica, en el mismo núcleo de Puigpunyent".

La cuestión central que se plantea en este asunto está vinculada al marcado carácter garantista que debe guiar el control material de los procesos iniciados por la Administración activa de alteración de zonas verdes o espacios libres públicos para satisfacer otras necesidades de la colectividad, de acuerdo con la legislación vigente y conforme a criterios de interés general. Se trata de analizar si se cumplen las rigurosas exigencias establecidas a nivel normativo para introducir las modificaciones propuestas. Para ello, se analiza el expediente tramitado por la corporación municipal y el Departamento de Territorio del Consejo Insular de Mallorca, cuyo inicio se remonta al 28 de marzo de 2017, cuando el Pleno del Ayuntamiento de Puigpunyent adopta el acuerdo de aprobación de la modificación inicial de las Normas Subsidiarias para proceder a la calificación de los terrenos destinados al Parque Verde y la reordenación de espacios públicos.

En la tramitación del expediente se producen diferentes vicisitudes, desde el inicial acuerdo de aprobación de la corporación, pasando por la aprobación provisional de la modificación puntual por parte del Ayuntamiento y el requerimiento a la corporación municipal por parte del director insular de Urbanismo para la subsanación de deficiencias (hasta en tres ocasiones). La adopción del acuerdo plenario del Ayuntamiento, de 27 de octubre de 2020, de aprobación provisional del proyecto de modificación puntual, incluye una nueva redacción, una vez atendidos los requerimientos de la Administración insular. Posteriormente, continúa la tramitación con la aprobación de la propuesta, por parte del Servicio de Urbanismo del Departamento de Territorio del Consejo Insular, a la Ponencia Técnica de Ordenación del Territorio y Urbanismo, que aprueba, el 17 de septiembre de 2021, el acuerdo propuesto.

En el mismo sentido, se adopta el acuerdo por parte de la Comisión Insular de Ordenación del Territorio y Urbanismo, el 24 de septiembre de 2021. Tras lo cual, y con carácter previo a la resolución del expediente por parte de la citada Comisión, la presidenta del Consejo Insular de Mallorca formula la preceptiva consulta, el 5 de octubre de 2021.

3
Posición adoptada por el Consejo Consultivo de las Illes Balears. Marco normativo aplicable y exigencias esenciales de tramitación

Para abordar la cuestión planteada, en el Dictamen 103/2021, el Consejo Consultivo realiza un análisis previo de la normativa aplicable en el procedimiento de modificación de las Normas Subsidiarias de planeamiento municipal. En el transcurso de la tramitación del expediente se produce la aprobación de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears, cuya disposición transitoria segunda, apartado 1, se refiere a los instrumentos de planeamiento en tramitación a la entrada en vigor de la Ley en los términos siguientes: "a) Adaptarán sus determinaciones a lo previsto en esta ley, excepto cuando ya hayan superado el trámite de la aprobación inicial. b) Se tramitarán de acuerdo con la ordenación de los procedimientos y de las competencias administrativas contenidas en esta ley, excepto cuando ya hayan superado el trámite de la aprobación provisional".

En este caso, como ya se ha dicho, la aprobación inicial del Ayuntamiento se produce en sesión plenaria de 28 de marzo de 2017 (antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears), mientras que la aprobación provisional se produce el 27 de octubre de 2020 (después de la entrada en vigor de la citada Ley de urbanismo). En consecuencia, en este punto se concluye que para las "determinaciones" o contenido material o requisitos mínimos del instrumento de planeamiento deberán atenderse las previsiones contenidas en la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo, y también en el Reglamento general de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo, para la isla de Mallorca (BOIB núm. 66, de 30 de abril de 2015). Mientras que, en relación con el procedimiento y las competencias administrativas, se aplica la Ley 12/2017, de 29 de diciembre. Se remarca (y el detalle es importante) que esta es la primera consulta sobre una modificación puntual de planeamiento que se formula en tiempo de vigencia de la Ley de urbanismo mencionada.

Llegados a este punto, y antes entrar en el marco jurídico normativo aplicable al procedimiento de tramitación de esta modificación, el superior

órgano de consulta se refiere, de forma sucinta, a los elementos esenciales que determinan su intervención preceptiva en este asunto, en virtud de la regulación contenida en el artículo 60 de la Ley balear de urbanismo.

> "i) Se exige dictamen cuando la modificación proyectada se proponga 'alterar la zonificación o el uso urbanístico de los espacios libres o de las zonas verdes' y 'afecte a elementos que conforman sistemas urbanísticos generales'.
>
> Esto significa, en primer lugar, que no se prevé la consulta si se trata de una revisión de planeamiento, caso en el que la misma regulación contiene otro tipo de cautelas de orden procedimental y material. El elemento definitorio del procedimiento (ya desde la antigua norma de 1963) es atender a la intangibilidad de los espacios libres y las zonas verdes, acogiendo una generalidad de conceptos que responde a figuras diferentes.
>
> En segundo lugar, supone que solo será necesario el dictamen del Consejo Consultivo cuando la tramitación afecte a elementos que conforman sistemas urbanísticos generales. Esta característica, que se opone a los casos en que la modificación afecta a elementos que conforman sistemas locales, no es de fácil definición en el sistema de espacios libres. La limitación del legislador se entiende si comprendemos los sistemas de espacios libres locales (recordemos: áreas de juego, jardines y parques) como espacios que presentan funcionalidad en un ámbito concreto de suelo urbano o de suelo urbanizable. Mientras que si el uso del espacio libre concernido afecta a todo el municipio o es funcional para todo el municipio la alteración estará sujeta a dictamen si cumple los otros requisitos.
>
> ii) La exigencia de dictamen del Consejo Consultivo se exceptúa en los casos de 'ajustes en la delimitación de los espacios mencionados que no alteren su funcionalidad, ni su superficie, ni su localización en el territorio'. Estos casos parecen excepcionales y tienen tres exigencias, que se podrían considerar constrictivas, de mantener función, superficie y ubicación del espacio libre. Ahora bien, hay que pensar en el hecho de que el legislador ha establecido una vía de solución, por ejemplo, para modificaciones de grafías incorrectas, pequeñas disfunciones en los planos, errores aritméticos de cálculo que resulten poco significativos o favorables.
>
> iii) En cualquiera de los casos, el apartado 4 del artículo comentado exige unas formalidades específicas: justificación en la memoria y documentación gráfica. Se trata de elementos inherentes a las modificaciones de planeamiento.
>
> iv) El dictamen debe ser favorable para que se pueda resolver aprobando la modificación".

Hechas estas valoraciones, el Consejo Consultivo procede a señalar, con mayor detalle, el marco normativo aplicable al procedimiento de tramitación de esta modificación. Se parte de la base, como ya se ha indicado, de que se encuentra ante la primera modificación sujeta a dictamen en la que el derecho adjetivo aplicable es la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears. En este punto, se destaca que la norma dispone que el planeamiento tiene una vigencia indefinida (artículo 57), si bien la Administración puede revisarlo (artículo 58) y modificarlo (artículos 59 y 60). En concreto, el artículo 59.1 (primer párrafo) advierte: "La modificación de las determinaciones de los instrumentos de planeamiento urbanístico se realizará de acuerdo con las disposiciones de esta ley que rigen su formulación". Por su parte, en relación con el plan general municipal, se considera que la modificación es "la introducción de cualquier tipo de cambios en sus determinaciones […] siempre que no comporten su revisión en los términos que establece el artículo anterior" (referido a la revisión del plan general). Se destacan, además, las formalidades específicas, incluidas en los números 4 y 5 del citado artículo 59, que han de contener las propuestas de modificaciones de los planes urbanísticos. Se indica, también, que para las modificaciones de los sistemas urbanísticos de espacios libres o zonas verdes, el artículo 60.4 exige lo siguiente: "Las propuestas […] justificarán en la pertinente memoria y mediante la documentación gráfica que sea necesaria que se cumple lo establecido en este artículo".

Por otro lado, siguiendo con el análisis del marco normativo de referencia, se pone de relieve que para la formación y aprobación de la modificación puntual del planeamiento, son aplicables, *mutatis mutandis*, algunas de las previsiones de la Ley de urbanismo referidas a la redacción de los instrumentos de planeamiento (artículo 50), suspensión (artículo 51), formulación (artículo 53), competencias (artículo 54) y tramitación (artículo 50). Se destaca, igualmente, que el legislador balear diseña la competencia de la aprobación del planeamiento con un marcado carácter municipal, dado que, de forma general: "Corresponderá a los ayuntamientos la aprobación inicial y la tramitación de todos los instrumentos de planeamiento urbanísticos previstos en esta ley. Corresponderá al consejo insular la aprobación definitiva de los planes generales y del resto de los planes urbanísticos, previa aprobación provisional por parte del municipio" (artículo 54.1).

Igualmente, se hace mención al procedimiento de tramitación y aprobación del planeamiento urbanístico previsto en los artículos 154 y siguientes del Reglamento general de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo, para la isla de Mallorca, de 16 de abril de 2015. En síntesis, se exige una aprobación inicial del ayuntamiento, que corresponde al pleno de

la corporación, tras la formulación inicial técnica adecuada y la evaluación de impacto ambiental. Además, la modificación se sujeta al trámite de información pública, con los anuncios correspondientes en el *Boletín Oficial de las Illes Balears*, en uno de los periódicos de mayor difusión y en la sede electrónica. También se deben recabar los informes de todas las Administraciones cuyas competencias se puedan ver afectadas. En este estado de cosas, la aprobación provisional corresponde al ayuntamiento, mientras que la aprobación definitiva es competencia del Consejo Insular. En el caso objeto de análisis, el Consejo Consultivo concluye que se han practicado los trámites imprescindibles y que, a instancias de la Administración insular, se han formalizado las exigencias esenciales del procedimiento.

Hechas estas consideraciones, el Consejo Consultivo ha de proceder a determinar cuál es el órgano del Consejo Insular de Mallorca que tiene la competencia para aprobar definitivamente el planeamiento. Se constata que ni la Ley de urbanismo (artículo 54), ni la Ley 8/2000, de 8 de octubre, de consejos insulares (vigente en el momento de emitir el dictamen), ni el Reglamento insular de desarrollo de la Ley de urbanismo (articulo 153 y siguientes) identifican el órgano resolutorio al que corresponde la aprobación definitiva de la modificación de planeamiento. Se concluye, pues, que la asunción de esta atribución dependerá de la autoorganización de cada consejo insular. En relación con el asunto examinado, el artículo 44 del Reglamento Orgánico del Consejo Insular de Mallorca atribuye a la Comisión Insular de Ordenación del Territorio y Urbanismo, con carácter general, las competencias propias del Consejo Insular de Mallorca (otorgadas por vía estatutaria y legal) en materia de urbanismo y ordenación del territorio (apartado 1). Además, el inciso 2 del precepto prohíbe la delegación de las competencias de la Comisión Insular relativas a las atribuciones resolutivas que se refieren al planeamiento urbanístico, mientras que distingue la posible resolución de la presidencia de la Comisión Insular, por urgencia, de forma *autoatributiva*, en casos de informe no resolutivo en materia de planeamiento urbanístico. Visto todo lo cual:

> "[…] el Consejo Consultivo considera, de acuerdo con la norma reglamentaria de autoorganización, que las competencias de aprobación definitiva del planeamiento urbanístico municipal corresponden a la Comisión Insular de Ordenación del Territorio y Urbanismo, la cual tiene hoy una composición plural que responde a la representación de los diferentes grupos políticos del Pleno del Consejo Insular de Mallorca.
>
> […] En este sentido, en aplicación de la LUIB en las modificaciones calificadas de planeamiento ya no cabe afirmar la competencia del Pleno de manera automática. Será la potestad de autoorganización de cada consejo la que entrará en juego, tal como se desprende de la LUIB y de la Ley

8/2000, de 8 de octubre, de consejos insulares. Este planteamiento se refuerza con el principio de autonomía insular reconocido en el Estatuto de autonomía de 2007".

4
Los conceptos de zona verde y espacio público y las condiciones del *ius variandi* por parte de la Administración urbanística

Para abordar la cuestión planteada, en el Dictamen 103/2021, el Consejo Consultivo realiza, además, un análisis previo con más detalle de los conceptos de zona verde y espacio público. En concreto, se recuerda la doctrina contenida en el Dictamen 146/2014, que, en síntesis, establece lo siguiente:

"a) Son espacios inedificables (como apunta la STS de 5 de mayo de 1981). Las zonas verdes son un tipo de espacios libres completamente inedificables (con excepciones muy limitadas).

b) Se exige que estas zonas estén calificadas como tales en el planeamiento, o sea, afectas a unas determinaciones urbanísticas de uso y afectación a la finalidad pública que beneficie a toda la comunidad.

c) Se requiere también que sean de titularidad pública o, en ejecución, llamadas a ser zonas de titularidad pública o integradas dentro del dominio público municipal.

d) Consecuencia de las anteriores y de los requisitos expresos de la legislación, hay que destacar la nota de permanencia, intangibilidad o inalterabilidad relativa de estas zonas, como forma de defensa del interés público general del urbanismo para la ciudadanía".

En este punto, se concluye que tales premisas continúan plenamente vigentes para poner de relieve la importancia de los espacios públicos (ahora mejor definidos en la normativa balear e insular) para el desarrollo humano correcto en la ciudad y en el ámbito urbano, en línea con las mayores exigencias de un desarrollo sostenible del planeamiento urbanístico.

Además, se invoca igualmente la doctrina, sintetizada en el citado Dictamen 146/2014, sobre las condiciones del *ius variandi* de la Administración, deteniéndose también en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

A continuación, el Consejo Consultivo alude a los requisitos materiales de los espacios libres públicos y zonas verdes establecidos por el artículo 41 de la Ley de ordenación y uso del suelo de 2014 (aplicable en este caso, en cumplimiento de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la Ley de urbanismo de 2017). Igualmente, se sintetizan las exigencias contenidas en

los artículos 59, 60 y 69 del Reglamento general de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, para la isla de Mallorca, que se refieren a las determinaciones concretas sobre los espacios libres públicos (como espacios de uso dotacional con características que se deben respetar).

5
Consideraciones jurídicas sobre el fondo del asunto

Llegados a este punto, el Consejo Consultivo se encuentra en condiciones de pronunciarse sobre el fondo de asunto planteado en la consulta presentada. A ello se dedica la Consideración Jurídica Séptima del Dictamen 103/2021, que se transcribe parcialmente a continuación.

> "Para examinar el fondo del asunto, procede recordar brevemente el contenido de la modificación proyectada y aprobada provisionalmente, única y exclusivamente, en cuanto a zonas verdes y espacios libres públicos, en el contexto de la normativa antes mencionada.
>
> De acuerdo con la memoria urbanística (antecedente 13) y el informe del Servicio de Urbanismo del Departamento de Territorio del Consejo Insular de Mallorca (antecedente 14), se puede describir sucintamente la modificación en cuatro elementos:
>
> a) La ampliación de un ELP en la plaza del Ayuntamiento en 1.553 m^2, de la que resulta una zona verde pública (de titularidad pública municipal), central, útil y funcional de 2.850 m^2, de forma que se puede inscribir un círculo de hasta 40 m de diámetro.
>
> b) La creación de un nuevo vial entre el camino de sa Vela y la calle Major, que no altera la superficie ni la funcionalidad de las zonas verdes afectadas, más allá, según parece por el plano aportado, de una mayor facilidad de acceso del ELP antes mencionado.
>
> c) La calificación de un equipamiento municipal, parque verde, que estará ubicado en el camino de sa Vela y utiliza y ocupa 1.989 m^2 del ELP municipal situado entre un equipamiento docente y un equipamiento deportivo.
>
> d) Una ampliación compensatoria del ELP del camino de sa Vela, que consume 688 m^2 de titularidad pública municipal, hoy equipamiento deportivo.
>
> La normativa actualmente aplicable –a la que hemos dedicado las anteriores consideraciones jurídicas– y la experiencia de este órgano asesor en la materia permiten concluir que el carácter del control material del Consejo Consultivo sobre las modificaciones calificadas de las zonas

verdes y los espacios libres no ha variado sustancialmente. De hecho, el legislador balear mantiene las exigencias materiales de garantía de estas zonas con uso de espacio libre, que se pueden resumir del modo siguiente:

a) El análisis contextual de la modificación y el interés público de la propuesta de modificación de zonas verdes o espacios libres públicos.

El análisis contextual de la modificación y el interés público de la propuesta de modificación de zonas verdes o espacios libres públicos deben venir explicados y avalados por la Administración urbanística competente (en este caso, el Consejo Insular).

El Consejo Consultivo considera que no hay elementos objetivos que puedan hacer dudar del carácter y el interés público de la modificación, que se puede calificar de puntual. A pesar del carácter aparente de la modificación aislada (cosa que no podemos acreditar porque no sabemos si se está tramitando otra o no), de cara a futuras consultas el informe de los Servicios Urbanísticos del Consejo Insular de Mallorca deberá especificar claramente el historial de modificaciones urbanísticas del municipio para poder acreditar que no estamos ante una revisión (como alguna jurisprudencia ya ha afirmado). De otro modo, esta última posibilidad supondría un cambio de perspectiva procedimental, incluso respecto a la intervención del Consejo Consultivo.

El interés público queda patente con la necesidad de disponer en el municipio de un parque verde y cumplir, así, el Plan Director Sectorial correspondiente al tratamiento de residuos. Los cambios consiguientes o simultáneos propuestos, que parece que giran en torno al anterior, cumplen también aquella exigencia.

La modificación afecta al sistema general de espacios libres, tal como se desprende del informe del Consejo Insular y de la propia configuración del municipio y del centro urbano de Puigpunyent.

b) El mantenimiento o la mejora de la cantidad de las zonas verdes o de los espacios libres públicos equiparables.

En relación con el balance cuantitativo debemos referirnos a las superficies afectadas. Tal como indica el Ayuntamiento y reafirma el Departamento de Territorio del Consejo de Mallorca, el aumento de zona verde con uso libre público sería de 252 m^2. Este es el resultado de la diferencia entre la superficie ganada (1.553 m^2 más 688 m^2, que hacen un total de 2.241 m^2) y la perdida por el equipamiento de parque verde (1.989 m^2), según los datos aportados.

En cuanto a la superficie de espacios libres públicos, no se ha llevado a cabo el cálculo del mínimo o estándar dotacional del municipio, dado

que estamos ante una modificación puntual y el planeamiento anterior es vigente.
c) El mantenimiento o la mejora de la calidad de estas zonas verdes o de los espacios libres.
En este punto, el Consejo Consultivo acepta los argumentos aportados por las administraciones preinformantes. Por un lado, la ampliación de la plaza del Ayuntamiento, como se puede ver en el plano de ordenación, presenta un nuevo espacio libre mucho más amplio y mantiene su centralidad dentro del núcleo de Puigpunyent; por el otro, la nueva zona verde se sitúa muy cerca de la que se ha perdido por ocupación del parque verde y en un lugar de fácil uso, dado que se encuentra entre una zona deportiva y una docente. La pérdida de superficie en el equipamiento deportivo (no sería igual si se tratara del equipamiento docente) se puede aceptar solo si tenemos en cuenta, por los planos aportados, que esta zona deportiva parece bastante extensa para un municipio como Puigpunyent. En este caso no se plantean dudas sobre el carácter puntual de la modificación, porque en casos de modificaciones muy extensas o reiteradas la jurisprudencia apunta a la necesidad de justificar expresamente que no es una revisión del planeamiento, de acuerdo con la normativa urbanística que distingue y separa muy claramente entre modificación y revisión.
En la modificación puntual de Puigpunyent tramitada, el Consejo Consultivo llega a una conclusión favorable porque concurre, de manera suficiente y acreditada, el cumplimiento de todos y cada uno de estos requisitos, como acabamos de exponer con detalle".

6
Conclusiones

La intervención del Consejo Consultivo en los procedimientos de modificación puntual del planeamiento urbanístico que afecta a zonas verdes o espacios libres públicos tiene un carácter principalmente garantista para preservar el interés público, que necesariamente debe prevalecer en estos procedimientos. A través de la función consultiva se trata de asegurar la subsistencia y la integridad de esos espacios, no solo en cuanto a su superficie, sino también en cuanto a su funcionalidad y finalidad. Además, mediante el superior asesoramiento jurídico se verifica el cumplimiento de los requisitos de competencia y procedimiento que deben cumplirse en estos asuntos. Es por ello que la intervención del órgano consultivo no solo es preceptiva, sino también vin-

culante, de forma que la iniciativa de modificación solo puede prosperar si el dictamen es favorable.

El enfoque que se adopta en el Dictamen 103/2021 parte de los pronunciamientos del Tribunal Supremo y de los dictámenes previos que resaltan la trascendental importancia de las zonas verdes y los espacios libres públicos para un adecuado despliegue urbanístico y para un mejor encaje de desarrollo humano en el ámbito urbano, "en línea con lo que recientemente se dice el derecho a la ciudad y a la sostenibilidad".

Esta es la primera consulta sobre modificación puntual de planeamiento que se formula estando vigente la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de les Illes Balears. Si bien, y en aplicación de la disposición transitoria segunda, apartado 1, de la misma Ley, relativa a los instrumentos de planeamiento en tramitación –y dado que la aprobación inicial del Ayuntamiento se produce antes de la entrada en vigor de la Ley de urbanismo de 2017–, para las determinaciones o contenido material o requisitos mínimos del instrumento de planeamiento se deberán atender las previsiones de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo, y también el Reglamento general de desarrollo de la misma para la isla de Mallorca, de 16 de abril de 2015. En relación con el procedimiento y las competencias administrativas resulta aplicable la Ley 12/2017, de 29 de diciembre.

En el Dictamen 103/2021 se destaca que el legislador balear diseña la competencia de la aprobación del planeamiento con un marcado carácter municipal, dado que, de forma general, corresponden a los ayuntamientos la aprobación inicial y la tramitación de todos los instrumentos de planeamiento urbanísticos, mientras que el consejo insular asume la aprobación definitiva de los mismos. Además, se pone de relieve la mejor definición por parte de la normativa balear e insular de las zonas verdes y los espacios libres públicos. El órgano asesor se detiene en analizar las condiciones del *ius variandi* de la Administración a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Finalmente, a partir de los requisitos materiales de los espacios libres públicos establecidos en la Ley de ordenación y uso del suelo de 2014 (aplicable en este caso según el régimen transitorio establecido por la vigente Ley de urbanismo) y de los argumentos aportados por parte de las Administraciones preinformantes, en el Dictamen se concluye que no hay elementos objetivos que puedan hacer dudar del carácter y el interés público de la modificación puntual que se propone. De esta manera, se formaliza el control material que el legislador encarga al órgano asesor sobre el exigente régimen jurídico de las modificaciones puntuales de planeamiento. Todo ello en aras de la mejor protección de unos espacios fundamentales para el adecuado y sostenible desarrollo de la vida de los ciudadanos.

Doctrina sobre la instalación de crematorios en suelo industrial o dotacional

Pablo Baquero Sánchez
Vocal del Consejo Consultivo del Principado de Asturias

1. Introducción
2. Régimen de la sanidad mortuoria
3. Los servicios funerarios y las implicaciones de su liberalización
4. Pronunciamientos judiciales en torno a la calificación del suelo y emplazamiento de tanatorios y crematorios
5. Conclusiones sobre emplazamiento de crematorios

1
Introducción

La doctrina consultiva se ha acercado a la problemática sobre la autorización de crematorios en suelo industrial o dotacional, atendiendo a los criterios ofrecidos por los diversos pronunciamientos judiciales en la materia, casuísticos y en apariencia divergentes, que son objeto de estudio en el Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias núm. 144/2022, a raíz de una consulta facultativa.

Los ayuntamientos se enfrentan a solicitudes de licencia para la actividad de crematorio –distinto del tanatorio– en suelos de genérico "uso industrial" o "dotacional" que no tienen un específico destino para la actividad que se interesa conforme a las normas de planeamiento urbanístico vigentes. Es evidente que tanto la excesiva demora como la indebida autorización abocan a consecuencias perturbadoras y, probablemente, a un sacrificio patrimonial.

La ausencia de una regulación precisa, que pudiera asimilar esta actividad a la industrial, al margen de las convenciones antropológicas y religiosas, exige a los ayuntamientos un mayor rigor a la hora de ponderar si procede o no otorgar la correspondiente licencia, en orden a garantizar la seguridad jurídica de los operadores públicos y privados del sector.

2

Régimen de la sanidad mortuoria

La sanidad mortuoria se incardina en la "sanidad interior", separada por tanto de la competencia exclusiva del Estado *ex* artículo 149.1.16.ª de la Constitución, tal y como advierte la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1983, de 28 de abril –ECLI:ES:TC:1983:32–. Así pues, conforme al artículo 148.1.21.ª de la Constitución, encaja en el ámbito competencial autonómico, habiendo asumido las comunidades autónomas –en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca– el desarrollo legislativo y la ejecución en la materia (así, artículo 11.2 de la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias).

La normativa cardinal sobre sanidad mortuoria hasta la aprobación de disposiciones autonómicas era la estatal, constituida por el Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria. Diversas comunidades autónomas no cuentan con una normativa propia, otras como el Principado de Asturias han aprobado disposiciones que desplazan en su aplicación a la mencionada norma preconstitucional (así, el Decreto 72/1998, de 26 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria en el Ámbito del Principado de Asturias, que desplaza en su aplicación al Decreto 2263/1974).

El Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, indica en el artículo 53 que "Será obligatorio disponer de crematorio de cadáveres dentro del recinto del cementerio en los municipios de población mayor de medio millón de habitantes", y que "Los municipios menores que acuerden también su instalación lo solicitarán [...] presentando el proyecto detallado". Posteriormente algunas disposiciones autonómicas han venido a ordenar la inclusión en las normas de planeamiento de un estudio sobre las necesidades "en relación al servicio de cementerio", si bien entre los servicios obligatorios de un cementerio no se establece el de horno crematorio, y si bien algunas disposiciones que regulan los "tanatorios" no aluden específicamente a los "crematorios".

En este escenario de marcada inseguridad, sí se observa, al menos, una convergencia en los conceptos o definiciones legales. Así, en el Principado de Asturias, en fórmulas reiteradas en distintas disposiciones, el Decreto 72/1998, de 26 de noviembre, define en su artículo 6 el "tanatorio" como el "Establecimiento funerario habilitado como lugar de etapa del cadáver entre el lugar de fallecimiento y el destino final, debidamente acondicionado para

la realización de las prácticas de tanatopraxia o tanatoestética y para la vela de cadáveres", y el "horno crematorio" como aquellas "Instalaciones compuestas de uno o varios hornos para la incineración de cadáveres, de restos humanos y de restos cadavéricos". Si bien los requisitos exigibles a los tanatorios se pormenorizan en las disposiciones vigentes, no sucede lo mismo con los propios de los crematorios. Sí se disciplinan distancias en las normas autonómicas cuando se ocupan de los "cementerios de nueva construcción", para los que comúnmente se prevén unas distancias mínimas de separación "con cualquier otra construcción" y, a partir de ese límite, una segunda franja en la que solo se pueden autorizar instalaciones de carácter industrial, ciertos equipamientos, viviendas unifamiliares, explotaciones agropecuarias, u otros usos de densidad menor que se estiman compatibles. A estos mismos límites viene a sujetarse "la ampliación de cementerios", si bien se contemplan algunas excepciones en función del tiempo en que se hubieren construido.

En otro orden de cosas, es preciso tener presente que la sanidad –en general, pero por evidentes razones muy especialmente la mortuoria– se halla imbricada con la protección del medio ambiente. Así, en la Sentencia 208/1991, de 31 de octubre –ECLI:ES:TC:1991:208–, el Tribunal Constitucional señaló que, "para precisar cuál sea el título aplicable a una materia en principio englobable en dos o más, los criterios de especificidad y finalidad primordial de la disposición cuestionada se configuran como determinantes para la atribución de la competencia controvertida". Esta superposición o solapamiento de las materias tiene una especial trascendencia para el asunto que nos ocupa, dado que el adecuado cumplimiento de todos los requisitos exigibles en relación con la instalación o ubicación de un horno crematorio no estaría solamente vinculado al artículo 45.1 de la Constitución (derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado), sino también a su artículo 43.1 (derecho a la protección de la salud).

Singularmente, la cremación está catalogada como una actividad potencialmente contaminadora para la atmósfera; en concreto, "la incineración de cadáveres humanos o restos de exhumación" se incluye en el anexo IV de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera, y en el anexo del Real Decreto 100/2011, de 28 de enero, por el que se actualiza el Catálogo de Actividades potencialmente Contaminadoras de la Atmósfera y se establecen las Disposiciones Básicas para su Aplicación, como actividad del grupo B (cuyos requisitos de control son menos exigentes que para aquellas incluidas en el grupo A). Por tanto, la actividad de cremación está sujeta a la autorización autonómica prevista en el capítulo III de la mencionada Ley de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera (artículos 13.2 de la Ley y 5.1 del Real Decreto), cuya finalidad es garantizar

el cumplimiento de los objetivos de calidad del aire y el respeto a los valores límite de emisión de los contaminantes atmosféricos. De ahí que, teniendo en cuenta estas exigencias, los instrumentos de ordenación urbanística hayan de establecer para este tipo de actividades espacios adecuados que preserven de las mismas a las áreas residenciales.

Además, merece especial mención la *Guía de consenso sobre sanidad mortuoria*, aprobada en la Comisión de Salud Pública de 24 de julio de 2018 y elaborada, según reza su preámbulo, "ante la necesidad de disponer de un instrumento que permitiera armonizar la normativa en este ámbito", para lo cual la Comisión de Salud Pública creó un grupo de trabajo (integrado por representantes de las comunidades autónomas y coordinado por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social) "con el mandato de elaborar una guía de consenso sobre cuestiones exclusivamente sanitarias en el ámbito de la sanidad mortuoria, que pudiese ser utilizado como referencia por las Comunidades Autónomas y por la Administración General del Estado a la hora de elaborar o modificar su propia normativa, manteniendo así unos criterios comunes y armonizados". En este documento se define el "crematorio" como aquellas "Instalaciones compuestas por uno o varios hornos para la incineración de cadáveres, restos humanos, restos cadavéricos y restos óseos", y el "tanatorio" como el "Establecimiento funerario habilitado como lugar de etapa intermedia del cadáver entre el lugar de fallecimiento y el destino final, debidamente acondicionado para la realización de las prácticas de tanatopraxia y para la exposición y vela de los cadáveres". Posteriormente, la Guía aborda la cuestión de los hornos crematorios, señalando que "deberán cumplir todos aquellos requisitos que les sean de aplicación en materia de medio ambiente de la Comunidad Autónoma correspondiente./ Los nuevos hornos crematorios se ubicarán preferentemente en suelos de clasificación industrial./ No deberá haber núcleos poblacionales o espacios vulnerables en el radio de 200 metros a partir del foco de emisión que constituye la chimenea del crematorio, entendiendo como espacios vulnerables aquellas zonas de residencia o de actividad con una permanencia importante de la población que, por su proximidad al horno crematorio, puede verse afectada por sus emisiones (entre otras, las zonas residenciales, las residencias de la tercera edad, los centros sanitarios y educativos, los parques infantiles o las instalaciones deportivas). Esta distancia deberá ser ratificada por el Ayuntamiento donde se pretende instalar el crematorio. En el caso de que no se cumpla esta distancia, el titular de la instalación presentará un estudio de dispersión de contaminantes de las emisiones esperadas en el horno crematorio, utilizando modelos matemáticos reconocidos por algún organismo internacional./ Se considera población de especial vulnerabilidad la infancia, las personas de edad avanzada, las muje-

res embarazadas y las personas enfermas, sobre todo aquellas que padezcan enfermedades crónicas o de tipo respiratorio./ Los contaminantes objeto de control serán los gases de combustión, el ácido clorhídrico, las partículas, el mercurio, el carbono orgánico total y las dioxinas y furanos".

En definitiva, de lo expuesto cabe extraer las siguientes conclusiones: a) Las disposiciones normativas sobre Policía Sanitaria Mortuoria dejan patente la inocuidad del tanatorio (establecimiento funerario habilitado para prácticas de tanatopraxia o tanatoestética y para la vela de cadáveres) y la potencialidad nociva del crematorio (instalación conformada por uno o varios hornos destinados a la incineración). b) El crematorio bien puede integrarse en el cementerio o bien habrá de preverse ese uso en un espacio que cumpla con el régimen de distancias. c) La *Guía de consenso sobre sanidad mortuoria* –desprovista de carácter imperativo pero que, como documento de compromiso y consenso, bien podría incluirse dentro de lo que se viene denominando como *soft law*– sugiere una ubicación "preferente" de los crematorios en suelos "de clasificación industrial" –en su sentido más general–, si bien su objetivo no es identificar una categoría de suelo apto, sino prever un régimen de distancias entre la chimenea del crematorio y los núcleos poblacionales o espacios vulnerables, sin excluir en suma que se localice en otras áreas no residenciales. d) Cuando las disposiciones de aplicación no excluyen la instalación de hornos crematorios en los cementerios, deben reputarse adecuadas las distancias de separación recogidas para estos, que se ajustan sustancialmente a las recomendaciones de la reseñada Guía de consenso.

Con base en estas observaciones, y enfrentándonos a una normativa urbanística –la que disciplina los usos del suelo–, el criterio interpretativo deducible no ampara una aplicación extensiva de los usos o aprovechamientos, sino estricta o restrictiva, considerados los principios generales de la ordenación territorial y urbanística hoy presididos por los de prevención y utilización racional y sostenible del territorio. A este criterio obedecen las reglas interpretativas que ordenan estar, en caso de duda, al régimen que comporte la "mayor protección y el menor aprovechamiento urbanístico" (por todas, artículo 94 del vigente Decreto 278/2007, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias).

3

Los servicios funerarios y las implicaciones de su liberalización

El régimen jurídico fundamental de los servicios funerarios –regulador de los derechos y obligaciones que deben cumplir los profesionales y empresas

que actúen en el sector– se halla en las normas relativas a sanidad mortuoria y sobre protección de consumidores y usuarios, al margen de los acuerdos internacionales existentes sobre traslado internacional de cadáveres.

La prestación de los servicios funerarios es una actividad que ha sido objeto de liberalización a través del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica, cuyo artículo 22 dispone que "Se liberaliza la prestación de los servicios funerarios./ Sin perjuicio de lo anterior, los Ayuntamientos podrán someter a autorización la prestación de dichos servicios. La autorización tendrá carácter reglado, debiéndose precisar normativamente, de acuerdo con los criterios mínimos que, en su caso, fije el Estado y las Comunidades Autónomas en desarrollo de sus competencias, los requisitos objetivos necesarios para obtenerla y se concederá a todo solicitante que reúna los requisitos exigidos". Este precepto fue objeto de modificación por el artículo 23 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de Reformas para el Impulso de la Productividad, que agregó un inciso al citado párrafo, del siguiente tenor: "Las normas que regulen los requisitos de las autorizaciones para la prestación de estos servicios no podrán establecer exigencias que desvirtúen la liberalización del sector".

La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio –que traspone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior–, extiende su ámbito de aplicación a los servicios funerarios, lo que conlleva que toda medida que suponga una limitación a su acceso o ejercicio deba quedar justificada por una razón imperiosa de interés general y resultar proporcionada; esto es, que exista otra medida menos restrictiva que permita salvaguardar el objetivo que se pretende con la regulación.

Posteriormente, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de Modificación de diversas Leyes para su Adaptación a la Ley sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, señaló en su disposición adicional séptima lo siguiente: "En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno llevará a cabo un estudio y propondrá, en su caso, los cambios normativos necesarios para garantizar la libertad de elección de los prestadores de servicios funerarios, incluidos los supuestos en que se haya contratado un seguro de decesos, así como para impulsar la eliminación de otras posibles trabas que puedan derivarse de la normativa vigente".

En cumplimiento de este mandato, el Gobierno de España presentó el *Estudio sobre los servicios funerarios en España*, de 28 de junio de 2010, en cuya redacción intervinieron los entonces ministerios de Economía y Ha-

cienda y de Sanidad y Política social. Este documento constata la existencia de un amplio consenso en separar las actividades funerarias de los servicios de cementerios y de cremación. Asimismo, tras llevar a cabo un análisis del marco regulatorio existente, percibe "la exigencia de numerosos requisitos que constituyen barreras que dificultan el acceso al mercado para nuevos entrantes, en la medida en que exigen una inversión elevada, reduciendo así la competencia", señalando, entre otros, "la exigencia de local para atención al público y oficinas".

Amén del Ejecutivo estatal, los servicios funerarios reclamaron la atención del Tribunal de Cuentas, que en sesión celebrada el 20 de julio de 2006 aprobó el Informe n.º 727, de fiscalización de la gestión de servicios funerarios y de cementerios. Señala el documento que, "tradicionalmente, el servicio de cementerio ha venido prestándose por los Ayuntamientos de forma directa y la actividad de pompas fúnebres –suministro del féretro y transporte básicamente– por empresas privadas. La necesidad de cementerios nuevos o ampliación de los existentes fue la principal causa que determinó el paso de la gestión directa a la gestión indirecta a través de concesiones administrativas o mediante la creación de empresas mixtas, instrumentos que permitieron que los concesionarios o los socios privados acometieran a su costa las obras necesarias a cambio de la explotación de las instalaciones hasta la extinción de los respectivos contratos, momento en el que se producirá la reversión al Ayuntamiento./ Este cambio en la forma de gestión también se produjo como consecuencia de dos factores: primero, la nueva configuración urbanística de las ciudades que generó la necesidad de disponer de instalaciones adecuadas para el velatorio –superando la tradicional vela domiciliaria–; y segundo, por el cambio en las costumbres funerarias, apreciándose un significativo aumento de las incineraciones a partir de 1975, que determinaron la necesidad de tanatorios y crematorios, inicialmente en las grandes ciudades, para generalizarse a ciudades medias y pequeñas durante los últimos años". Seguidamente, recuerda que "la ubicación de los centros en los que se desarrollen las actividades de unos u otros servicios (tanatorios, cementerios y crematorios, principalmente)" está sometida "a las previsiones de los planes generales de ordenación urbana o normas subsidiarias de planeamiento, que pueden delimitar zonas reservadas para este tipo de equipamientos, dado el tradicional tratamiento de estas actividades como molestas, insalubres y nocivas". Por último, indica que "la liberalización del servicio funerario [...], a partir del 1 de enero de 1997, originó un cambio en la concepción de los servicios mortuorios, pudiéndose distinguir las siguientes actividades:/ a) Actividades funerarias, que incluyen toda clase de servicios desde que se produce el fallecimiento de una persona hasta el momento de su inhumación o cremación; son

actividades económicas que pueden ser desempeñadas por los Ayuntamientos en régimen de libre concurrencia./ b) Servicio de inhumación o cremación. El cementerio es un servicio obligatorio que debe prestarse en todos los municipios, por sí o asociados, que puede hacerse en concurrencia con la iniciativa privada. El servicio de incineración, como sustitutivo o complementario al de cementerio, es un servicio municipal voluntario que, asimismo, también puede prestarse en concurrencia con la iniciativa privada".

Como corolario a lo expuesto, cabe señalar que la liberalización de los servicios funerarios supone que el planificador urbanístico, aun conservando la indispensable discrecionalidad para diseñar el modelo territorial del municipio, debe tener presente la necesidad de no establecer barreras injustificadas para el acceso al mercado por parte de los potenciales prestadores de tales servicios (evitando que los problemas de ubicación desincentiven las inversiones en la mejora o apertura), teniendo en cuenta además que de la competencia en el sector dependerá también la garantía de la libertad de los usuarios a la hora de elegir un prestador.

Ello obliga a tomar en consideración que, por razones de economía y eficiencia y para ofrecer un mejor servicio, es común que los tanatorios incluyan una instalación de crematorio, gestionado por la misma empresa funeraria, o que los mismos crematorios comprendan un lugar donde poder velar al difunto para posteriormente proceder a la cremación y a la entrega de cenizas, o incluso oficiar ceremonias (ya en 1963 el papa Pablo VI levantó la prohibición de la cremación, y en 1966 permitió a los sacerdotes católicos oficiar ceremonias de cremación).

De ahí que hayan de existir emplazamientos aptos para el conjunto de la ceremonia, sin que pese sobre las empresas del sector la gravosa carga de mantener establecimientos separados para velatorio e incineración.

4
Pronunciamientos judiciales en torno a la calificación del suelo y emplazamiento de tanatorios y crematorios

En un primer recorrido, se advierte que algunas sentencias impiden la instalación de un crematorio en defecto de previsión urbanística expresa (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 17 de febrero de 2012), mientras otras impiden la instalación de un crematorio en suelo residencial e indican que puede ser un uso industrial (sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 15 de marzo de 2017 y del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 4 de diciembre de 2017), y otras validan

la instalación de un crematorio en un polígono industrial (sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Oviedo de 21 de diciembre de 2007 y del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 22 de noviembre de 2017).

Conviene, en primer término, detenerse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La Sentencia de 28 de octubre de 1988 –ECLI:ES:TS:1988:7503– (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) indicó, en relación con la denegación de una licencia para la instalación de un velatorio de difuntos, que "al margen de la calificación como molesta hecha por la Comisión Territorial de Actividades Clasificadas del Gobierno de Canarias y de su informe desfavorable a la instalación del velatorio, el acuerdo denegatorio del […] Alcalde se encuentra legitimado por un inadecuado emplazamiento sin posibilidad de […] medidas correctoras por no estar acorde la instalación con la normativa urbanística aplicable, ni haber solicitado la demandante que se le indicara otro lugar adecuado; ni controvertido en este proceso la falta del cumplimiento de la obligación del Ayuntamiento de prever en la normativa urbanística una zona para esa clase de servicios de estar carente de ella, lo que tampoco ha sido objeto de este proceso en el que la demandante tuvo oportunidad de alegar lo que en defensa de su interés creyó conveniente al formular su petición y darle el trámite de audiencia y posteriormente al articular su recurso de reposición; debiendo el derecho de libertad de empresa", reconocido en el "artículo 38 de la Constitución, acomodarse en su ejercicio a la norma específica que regule la actividad a que se contrae, así como, en cualquier caso, a la urbanística que hace posible el uso racional del suelo y la convivencia de sus titulares, y el desarrollo de la vida en común que notoriamente no es compatible con la instalación de unos servicios funerarios en una zona destinada al uso residencial, comercial y hotelero de una ciudad".

La Sentencia de 13 de diciembre de 1990 –ECLI:ES:TS:1990:9243– (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) señaló, en relación con los tanatorios, que "de ello se desprende que tal actividad más que como sanitaria o religiosa, aunque en determinados aspectos participe de estas, debe ser comprendida dentro de las industriales, y así fue considerada en un informe por el Ingeniero municipal, ya que no se trata de una actividad simple en [la] que predomine lo sanitario o lo religioso, o ambos a la vez, sino de una actividad compleja en la que cumpliéndose algunas finalidades sanitarias y religiosas lo primordial es lo industrial-mercantil, caracterizado por prestar al público la realización de todo cuanto es necesario según los usos sociales para la inhumación de los cadáveres sin que quienes estén obligados a verificarla tengan que ocuparse personalmente de hacerlo".

La Sentencia de 15 de noviembre de 2006 –ECLI:ES:TS:2006:7287– (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) recuerda, con ocasión de un recurso que versaba sobre la prohibición –por una ordenanza municipal reguladora de hornos– de la implantación, en todas las zonas del suelo urbano y urbanizable (residencial o industrial), de hornos cuya finalidad fuese la cremación de cadáveres humanos o sus restos, que al planificador corresponde diseñar el modelo territorial del municipio, y que "la libertad de empresa no ampara un derecho incondicionado a la instalación de cualesquiera establecimientos en cualquier espacio, sino uno que ha de ejercerse dentro de un marco general configurado por las reglas estatales y autonómicas que ordenan la economía de mercado y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos". Asimismo, aborda la cuestión de si siendo el cementerio municipal suelo "no urbanizable dotacional" podría instalarse en él un horno crematorio, a lo que el Tribunal Supremo responde afirmativamente, reseñando que "siendo cierto que una recta interpretación del artículo 50 del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria (en el particular en el que ordena que el emplazamiento de los cementerios de nueva construcción diste por lo menos 500 metros de las zonas pobladas) impide acometer actuaciones que realmente impliquen ampliar los cementerios preexistentes sin respetar esa distancia; lo es también que esa recta interpretación no impide dotar a estos, a los cementerios preexistentes, de lo que no son más que meras instalaciones al servicio de ellos y de su mejor funcionalidad; pues ni el sentido de la norma es que esos cementerios preexistentes desaparezcan o dejen de cumplir la función que les es propia, ni lo es tampoco la de impedir que se doten de las instalaciones que sean necesarias o convenientes".

La Sentencia de 27 de diciembre de 2011 –ECLI:ES:TS:2011:9054– (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) indicó que "debemos partir de la norma que se afirma infringe la Ordenanza cuyo artículo [...] impone la limitación de distancia a la que deben sujetarse la instalación de los hornos crematorios asociados a tanatorios. Y como ya hemos expuesto la misma es proporcionada al bien jurídico que pretende proteger que en una doble vertiente es el del medio ambiente y la salubridad de las personas, no en vano se trata de una actividad calificable de molesta e insalubre. Sin embargo, se afirma por la recurrente que su actividad según el Real Decreto-ley 7/1996, cuyo artículo 22 liberaliza los servicios funerarios, está sometida a una autorización de carácter reglado y se concederá a todo solicitante que reúna los requisitos exigidos, que no podrán establecer exigencias que desvirtúen la liberalización del sector./ Pues bien en este caso, partiendo de lo expuesto y asumiendo lo proporcionado de la medida adoptada, no se ha acreditado

fehacientemente que ese requisito desvirtúe la liberalización del servicio y, desde luego, lo que en modo alguno se demuestra es que esa limitación que se consigna en la Ordenanza y en la demanda se denuncia como arbitraria encubra por parte del Ayuntamiento […] el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, que es en lo que consiste el vicio de desviación de poder al que se refiere el artículo 70.2 de la Ley de la Jurisdicción".

La Sentencia de 20 de diciembre de 2021 –ECLI:ES:TS:2021:4938– (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) señaló que "si el debate […] debiera considerarse sobre si una determinada actividad (tanatorio-velatorio) puede ubicarse en una determinada categoría del suelo previsto en el planeamiento municipal (NNSS, con la simplicidad que comporta), y esa ubicación debe realizarse conforme a los términos generales que se establecen en dicho planeamiento [...], la respuesta ha de quedar condicionada a las determinaciones específicas del planeamiento y la regulación sanitario mortuoria autonómica".

Por último, el Auto de 11 de mayo de 2022 –ECLI:ES:TS:2022:7122– (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) admite como cuestión de interés casacional la consistente en determinar "si la distancia mínima de 500 metros de zonas pobladas para el emplazamiento de los cementerios de nueva construcción, prevista en el artículo 50 del Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, ha de aplicarse también en los casos de construcción de hornos crematorios, se encuentren o no en el recinto de un cementerio". En él se recuerda que el Tribunal Supremo ha dispensado la aplicación del régimen de distancias cuando se trata de un crematorio que se instala en un cementerio preexistente al Decreto reseñado.

Respecto a los pronunciamientos de los tribunales superiores de justicia, conviene reseñar los que siguen.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 19 de noviembre de 2008 –ECLI:ES:TSJAS:2008:6126– (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) confirma la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Oviedo de 21 de diciembre de 2007, relativa al crematorio de Sotrondio, considerando que un crematorio no es una industria fabril, por lo que no se estima incompatible con los usos del suelo en el que se pretendía su implantación.

La Sentencia del mismo Tribunal de 4 de diciembre de 2017 –ECLI:ES:TSJAS:2017:3967– (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) razona que "el uso de suelo e instalaciones para la actividad de tanatorio es distinto y autónomo del propio de crematorio. Una cosa es que

tanatorio y crematorio pueden ser servicios conjuntos y otra muy distinta que la autorización de una actividad comporte necesariamente la autorización de la siguiente, pues son distintas fases de la actividad fúnebre; en efecto, distinta es su naturaleza, pues el tanatorio está orientado a velar el cadáver sin incidencia sobre salubridad, medio ambiente y sin labores de combustión, mientras que el crematorio es una instalación encaminada a operar sobre el cadáver con incidencia sensible en medio ambiente y salubridad. De ahí que nada impide que existan actividades conexas, unas inocuas y las siguientes nocivas, o como es el caso dos actividades sujetas a la reglamentación de actividades clasificadas pero con distinta calificación y medidas de tutela pública asociadas". No cabe, por tanto, "presumir una suerte de autorización del crematorio por derivación de la preexistente de tanatorio, y ello porque distinto es el riesgo, impacto y trámites para cada una de las actividades. El que todos los hornos crematorios estén en tanatorios no quiere decir que todos los tanatorios tengan crematorios, ni que todos deban tenerlos, ni que la autorización de unos englobe la de los otros", concluyendo que "la actividad de crematorio desborda lo que son usos comerciales" y no tiene cabida entre los usos previstos por el Plan General "para el suelo comercial".

Merece destacada mención la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 20 de enero de 2022 –ECLI:ES:TSJAR:2022:162– (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), en la que se razona que "el Área […] en que se pretende ubicar el crematorio está clasificado en el PGOU como Industria tipo C. Su uso característico es la producción industrial y entre sus usos compatibles aparecen los de equipamiento de los artículos 104.4.3 (sanitario y asistencial), 104.4.4 (deportivo) y 104.4.7 (protección y seguridad), y no está previsto el del 104.4.8 del PGOU (cementerios, crematorios y tanatorios)./ Basta este razonamiento para determinar que existiendo claramente establecido el uso de cementerios, crematorios y tanatorios en el planeamiento superior, no es posible autorizar su uso, so pena de vulnerar la norma ordenancista".

De lo hasta aquí expuesto, cabe conciliar los pronunciamientos que se reseñan, concluyendo lo siguiente: a) La actividad de crematorio se ha calificado como predominantemente "industrial-mercantil", pero su instalación se admite por el Tribunal Supremo en suelo "no urbanizable dotacional" (como es el cementerio municipal, incluso aunque no guarde estrictamente el régimen de distancias arbitrado en la normativa posterior al establecimiento del camposanto). b) El uso de suelo e instalaciones para la actividad de tanatorio es distinto y autónomo del propio de crematorio, y aunque llegasen a ser prestadas de forma conjunta ello no conllevaría que la autorización para una de las actividades comporte la de la otra. c) Resulta determinante la ordenación

de usos del planeamiento, no solo la clasificación del suelo. Sin duda, el de crematorio puede configurarse en el planeamiento como un uso compatible en el suelo industrial. Ahora bien, cuando entre los usos previstos en el planeamiento se encuentra explicitado el de crematorio (e incluso aunque no se asigne ese uso a ningún área), no procede acudir a la vía interpretativa para darle cabida en una parcela para la que no está expresamente previsto. En cambio, cuando el planeador no ha contemplado específicamente el uso "crematorio" sí cabría entenderlo comprendido en el "uso industrial", así como en el reservado a "cementerio", pero no en el consignado como "tanatorio", pues los primeros engloban una pluralidad de aprovechamientos, mientras que el último se refiere a una concreta instalación cuya definición legal no incluye el horno crematorio. d) La actividad de crematorio desborda lo que son usos comerciales en suelo residencial –no puede, por vía interpretativa, ubicarse en ese entorno–, y fuera de esa clase de suelo no puede orillarse que la incineración encierra un "proceso industrial", por lo que tampoco debe autorizarse en un área o parcela ajena al uso industrial, faltando previsión expresa. Para que, fuera del entorno residencial, pueda ubicarse en una parcela reservada genéricamente a la industria, es suficiente que el planeador no haya contemplado el uso "crematorio" con separación del industrial, en cuyo caso podría entenderse embebido, pero para que pueda instalarse en un espacio "dotacional" (como los destinados a equipamientos) lo adecuado es que en el planeamiento (bastando el derivado, como el plan parcial) se consigne ese uso de crematorio entre los compatibles, a fin de dotar de seguridad jurídica a los operadores. e) El sometimiento de la instalación de los hornos crematorios a adicionales limitaciones de distancias por la normativa local resulta proporcionado al bien jurídico que se pretende proteger, por lo que han de aplicarse en tanto no desvirtúen la liberalización del servicio.

5
Conclusiones sobre emplazamiento de crematorios

Tal como se razona en el Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias núm. 144/2022, la lógica que subyace en las resoluciones judiciales es que ha de partirse del imperativo de ofrecer espacios físicos que permitan la implantación de servicios funerarios, y que ante la carencia de una calificación urbanística explícita al efecto de ubicar las instalaciones indispensables para desarrollar tales actividades, debe optarse por seguir el proceso lógico de descartar aquellos espacios cuyos usos permitidos no se acompasen a la incidencia manifiesta del crematorio en el entorno, llegándose a la conclusión de

que a falta de planeamiento suficientemente preciso el suelo apto para la actividad industrial resultaría el más adecuado para su implantación. En este punto, procede reparar en que el interés general ínsito en los servicios funerarios y su proceso mismo de liberalización condicionan el procedimiento lógico a seguir a los efectos de resolver su implantación más acorde con la calificación urbanística, siendo el más conforme el ofrecido por la jurisprudencia, y que supone aceptar que, allí donde la normativa urbanística no ofrezca solución clara e inequívoca por no contemplar específicamente el uso de "crematorio", el suelo destinado a actividades de índole industrial resulta el más adecuado para la implantación de estos hornos; conclusión que, por otra parte, coincide con la recomendación proporcionada por la *Guía de consenso sobre sanidad mortuoria* de 24 de julio de 2018, según la cual los "nuevos hornos crematorios se ubicarán preferentemente en suelos de clasificación industrial".

Ahora bien, en rigor, las restricciones que recaen sobre la instalación de crematorios –a la luz de las sentencias examinadas– no se fundan tanto en la negación de su naturaleza como equipamiento sino en la discordancia de ese concreto equipamiento con un entorno residencial, en la medida en que la incineración de cadáveres vierte a la atmósfera elementos nocivos extraños a las actividades comerciales admisibles en los núcleos de población.

Lo relevante es la compatibilidad de usos y el respeto a las determinaciones del planeamiento. No se trata tanto de sentar una prevalencia de lo industrial sobre lo dotacional, o de la estricta incineración sobre el equipamiento, ni de forzar los conceptos más allá de lo que usualmente abarcan, sino de conciliar la incidencia de la actividad con el espacio llamado a acogerla. El crematorio no es una "industria" al uso (no es una "industria fabril"), pero en su seno se acomete un "proceso industrial". Fuera de ese elemento, este tipo de instalaciones se acomoda de ordinario al concepto de "equipamientos" que se engloba en la consideración de "dotacional", con una única singularidad insoslayable –las emisiones– que los separa de los tanatorios en los que en ocasiones se integran. De ahí que no pueda desconocerse esa naturaleza bifronte o dual, que en todo caso excluye esta actividad nociva de los entornos urbano y urbanizable residencial por causa de sus emisiones –y en tanto la técnica o la ciencia no alcancen a eliminarlas–.

Habiéndose apreciado en los pronunciamientos judiciales un carácter predominantemente "industrial-mercantil", la cautela conveniente al otorgamiento de autorizaciones impone tomar en consideración las previsiones de planeamiento aplicables. Si en los instrumentos de planeamiento se contempla específicamente el uso de "crematorio", solo deberá autorizarse allí donde esté asignado ese uso, y si no se ha asignado a ningún espacio habría que proceder a la modificación del planeamiento, pues si el propio planeador

lo contempló con separación del genérico "uso industrial", no cabe después deducir por vía interpretativa su integración en este. En cambio, si en el planeamiento no se acoge una disciplina o clasificación de usos que contemple el de "crematorio" sí puede –por vía interpretativa, y siempre que no se revele incompatible con prescripciones explícitas– autorizarse sobre una parcela reservada genéricamente a la industria, con la que comparte el elemento nocivo que aboca a la interpretación restrictiva de usos. En este supuesto en el que la normativa municipal no contemple separadamente el uso de "crematorio" se estima que su autorización en suelo "dotacional" –no residencial– requiere (salvo en el caso de "cementerios", al que antes se ha aludido) de una previa modificación dirigida a consignar ese uso entre los reservados o compatibles para la parcela, a fin de preservar la seguridad jurídica.

NORMAS DE PUBLICACIÓN. INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

- TRABAJOS ORIGINALES: Los trabajos enviados deberán ser originales e inéditos. Cualquier otra explotación necesitará permiso expreso de la editorial. Se enviarán por correo electrónico a la dirección: fund@gobiernolocal.org

- PRESENTACIÓN: Los originales deberán enviarse en su lengua original, siempre que esta sea castellano, catalán, gallego, inglés, francés, italiano o portugués, acompañados de un sumario, resumen y palabras clave. El título, el resumen y las palabras clave se redactarán también en inglés. En los originales deberá constar la identidad de su/s autor/es, la institución pública o privada donde desarrolla/n su actividad, y su dirección de correo electrónico.

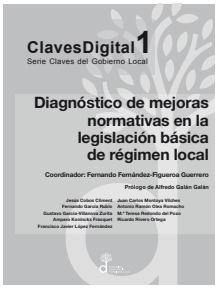
- FORMATO: La letra de los originales será Arial 12, y en pies de página Arial 11. El espaciado será de 1,5, y en pies de página de 1. Las notas a pie de página deberán ir numeradas y habrán de seguir las Normas de citación APA.
  Las reproducciones textuales de originales de otros autores, las referencias de jurisprudencia o la doctrina de los órganos consultivos, irán entrecomilladas.

- EXTENSIÓN: Los Estudios tendrán una extensión no superior a 40 páginas en el formato indicado. En todo caso, la Dirección de la Revista se reserva el derecho de publicación de los originales recibidos en cualquiera de nuestras secciones, previa comunicación al autor.

- SISTEMA DE ELECCIÓN DE ORIGINALES: Para su publicación, los trabajos deberán haber sido informados positivamente por especialistas externos a la entidad editora. Serán valorados el rigor, la claridad, el interés para la disciplina, la metodología, el contraste de resultados y la originalidad de las aportaciones. A los autores se les comunicará expresamente si su trabajo ha sido o no aceptado. En el caso de que la respuesta sea negativa, se señalarán las razones del rechazo, y si el trabajo puede ser revisado para someterse a una nueva evaluación. En todo caso, se garantizan la confidencialidad en el proceso y la comunicación personalizada del resultado.

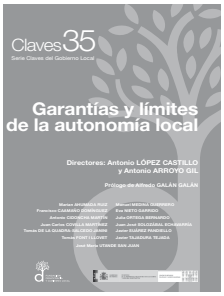
FUNDACIÓN
DEMOCRACIA
Y GOBIERNO LOCAL

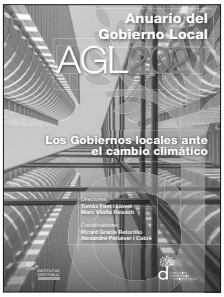
ÚLTIMAS PUBLICACIONES:



Diagnóstico de mejoras normativas en la legislación básica de régimen local

Garantías y límites de la autonomía local

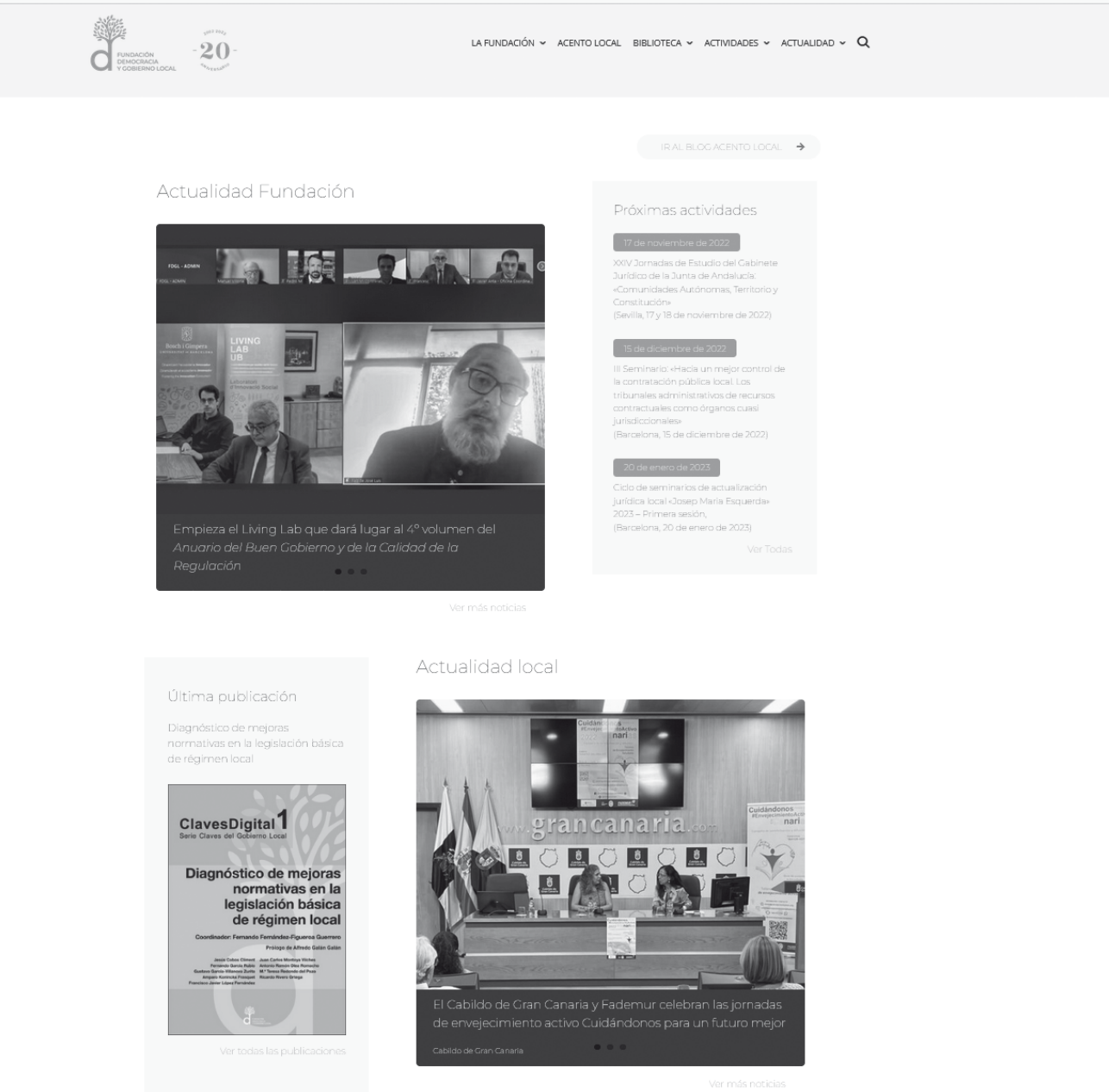




Anuario del Gobierno Local 2021

Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

www.gobiernolocal.org



QDL60 ÍNDICE

ESTUDIOS

I. Sección monográfica

El empleo público local

14 Planificación y acceso al empleo público local · BELÉN MARINA JALVO y JAVIER RODRÍGUEZ VILLANUEVA

48 Los procesos de estabilización en la Administración local · JESÚS FUENTETAJA PASTOR

70 Medidas de prevención y sanción del abuso de la temporalidad en el ámbito local · JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

122 El personal eventual. Encuadramiento de una figura polémica en la Administración local · JAVIER GARCÍA LUENGO

151 La dirección pública profesional en los Gobiernos locales. Marco general y análisis de dos regulaciones autonómicas: Euskadi y Cataluña · RAFAEL JIMÉNEZ ASENSIO

198 El impacto de la reforma laboral en los entes locales · ALFONSO ESTEBAN MIGUEL

226 Negociación colectiva y función pública local · JOAN MAURI MAJÓS

II. Sección general

270 La incompatibilidad del artículo 178.2.b) LOREG entre los cargos de concejal y empleado de una misma entidad local: una difícil ponderación de intereses constitucionales · JAIME CLEMENTE MARTÍNEZ

295 El teletrabajo en la Administración pública: un modelo para el sector público y la comparativa con la regulación del sector privado · JOSEP RAMON FUENTES I GASÓ y XAVIER BOLTAINA I BOSCH

PONENCIAS, CRÓNICAS Y NOTAS

344 Encargos de gestión versus encomiendas de gestión · CARMEN ALONSO HIGUERA

390 Tribunal Supremo y Gobiernos locales: últimas novedades jurisprudenciales · JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

426 Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo (de 1 de junio a 30 de septiembre de 2022) · VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ

CRÓNICA CONSULTIVA

474 La modificación del planeamiento urbanístico cuando afecta a zonas verdes o espacios libres públicos, a la luz de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears. La posición del Consejo Consultivo de las Illes Balears · MARÍA BALLESTER CARDELL

488 Doctrina sobre la instalación de crematorios en suelo industrial o dotacional · PABLO BAQUERO SÁNCHEZ

FUNDACIÓN
DEMOCRACIA
Y GOBIERNO LOCAL