Informes Jurídicos

2011

ÁREA DE PRESIDENCIA

OFICIALÍA MAYOR



De izquierda a derecha: Alberto, Fernanda, Francisco,Enrique, Fernando, Eva y Carlos

DIPUTACIÓN DE BADAJOZ

ÍNDICE

ACTIVIDADES.....pág. 3 - 29
BIENES.....pág. 30 - 61
CONVIVENCIA CÍVICA.....pág. 62 - 67
CONTRATACIÓN.....pág. 68 - 133
DISCIPLINARIO.....pág. 134 - 142
HACIENDAS LOCALES.....pág. 143 - 154
ORDENANZAS MUNICIPALES.....pág. 155 - 157
ORGANIZACIÓN.....pág. 158 - 258
PERSONAL.....pág. 259 - 389
PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.....pág. 390 - 394
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....pág. 395 - 397
RECLAMACIÓN PREVIA.....pág. 398 - 406
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.....pág. 407 - 414
SOCIEDADES PARTICIPADAS.....pág. 415 - 428
URBANISMO.....pág. 429 - 455
ÍNDICE DESARROLLADO..... pág. 456 – 460
ABREVIATURAS..... pág. 461 - 462

- INFORMES JURÍDICOS 2011 -

DIPUTACIÓN DE BADAJOZ

ACTIVIDADES

Procedimiento a seguir para la calificación y licencia urbanística solicitada por la empresa XX, SL, para la instalación de Planta Termoeléctrica de Ciclo Combinado

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de XX, solicita informe en relación con el asunto epigrafiado.

- Decreto 17/2006, de 7 de febrero, regulador de las atribuciones de los órganos urbanísticos y de ordenación del territorio, y de la organización y funcionamiento de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio.
- Decreto 20/2011, de 25 de febrero, por el que se establece el régimen jurídico de la producción, posesión y gestión de los residuos de construcción y demolición de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- El Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre Visado de Colegio Obligatorio.

FONDO DEL ASUNTO:

PRIMERO.-

En primer lugar, decir que puede conceptuarse la Calificación Urbanística, conforme a la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura, como el acto administrativo por virtud del cual el órgano competente, en cada caso, para su otorgamiento, autoriza el uso del suelo no urbanizable con determinada finalidad, constructiva o no, en los casos en que la ordenación territorial y urbanística lo permita, que sin ella no podrían llevarse a cabo. Conforme a dicho concepto, la calificación urbanística es un acto constitutivo o atributivo, por cuanto concede, de forma discrecional, unos aprovechamientos de suelo no urbanizable que sin ella no serían posibles. Así se desprende del artículo. 18.2 de la mencionada norma, conforme al cual, siempre que no exista prohibición, además de los actos enumerados en el apartado 1.2, podrán realizarse en suelo no urbanizable los actos precisos para la materialización del aprovechamiento atribuido por la calificación

urbanística, en las condiciones determinadas por aquella ordenación, que conlleva el pago de un canon urbanístico, cuya fijación corresponde a los municipios, y cuya cuantía mínima es el 2% del importe total de la inversión a realizar para la ejecución de las obras, construcciones e instalaciones de las actividades y los usos correspondientes.

Según esto, en la normativa no encontramos prohibición alguna para la instalación de centros de transformación de energía eléctrica. Antes bien, en el artículo. 23 Ley 15/2001 se enumeran actividades y usos que pueden ser instaladas en suelo no urbanizable, entre los cuales puede considerarse que se encuentran los meritados centros, conforme a la enumeración realizada en sus apartados d) y f). Pero, para que sea posible su instalación, será preciso que cuenten con la correspondiente calificación urbanística.

Pues bien, si para la instalación de tales centros es precisa la correspondiente calificación urbanística, tal como establece el artículo. 18.2, es de obligado cumplimiento, dada la expresión en todo caso, el pago del canon urbanístico que haya sido fijado por el municipio, y que, en ningún caso, puede ser inferior al 2% del importe total de la inversión a realizar.

La calificación urbanística, por lo tanto, es previa a la licencia municipal y su establecimiento corresponde a la Consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanística, competente para la legitimación de todos los actos que pretendan ejecutarse en suelo no urbanizable común en Municipios de menos de 20000 habitantes de derecho.

El uso en edificación que otorgue la calificación urbanística podrá tener una duración limitada, aunque renovable, que no será inferior en ningún caso al tiempo que sea indispensable para la amortización de toda la inversión que requiera su materialización.

En los usos y actividades que se legitimen y autoricen en suelo no urbanizable común, así como en las construcciones e instalaciones que les deban otorgar soporte, se entenderán siempre incluidos cuantos de carácter accesorio sean imprescindibles de acuerdo con la legislación de seguridad, protección civil, laboral o sectorial que sea de pertinente aplicación.

SEGUNDO.-

De conformidad con el artículo 26.1 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura, las obras, las construcciones y las instalaciones en suelo no urbanizable común, así como los usos y las actividades a los que se destinen, deberán realizarse en unidad rústica apta para la edificación que tenga las características y superficie mínimas establecidas.

La unidad rústica apta para la edificación, quedará en todo caso vinculada legalmente a las obras, construcciones e instalaciones y sus correspondientes actividades o usos. Esta vinculación legal implicará la afectación real de la unidad a las obras, las construcciones, las dotaciones, los equipamientos, las instalaciones o los establecimientos legitimados por la calificación urbanística y la licencia municipal pertinentes. Mientras éstas permanezcan vigentes, la unidad no podrá ser objeto de

acto alguno que tenga por objeto o consecuencia su parcelación, división, segregación o fraccionamiento. La inscripción registral de esta afectación real deberá acreditarse ante la Administración competente como requisito para el otorgamiento de la preceptiva licencia.

TERCERO.-

La calificación urbanística, cuando sea precisa para la legitimación de actos de construcción, uso y aprovechamiento del suelo rústico no urbanizable común promovidos por particulares (como en el caso que nos ocupa) deberá, según señala el artículo 27.1 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura:

— Determinar exactamente las características del aprovechamiento que otorgue y legitime, así como las condiciones para su materialización, de conformidad con la declaración de impacto ambiental cuando esta sea legalmente exigible.

— Fijar la parte proporcional de los terrenos que deba ser objeto de reforestación para preservar los valores naturales de estos y de su entorno; superficie que no podrá ser inferior a la mitad del total de la unidad rústica apta para la edificación en los casos de depósito de materiales, almacenamiento de maquinaria, estacionamiento de vehículos y de equipamientos colectivos e instalaciones o establecimientos industriales o terciarios.

— Establecer el plan de restauración o de obras y trabajos para la corrección de los efectos derivados de las actividades o usos desarrollados y la reposición de los terrenos a determinado estado, que deberá ser ejecutado al término de dichas actividades o usos y, en todo caso, una vez caducada la licencia municipal y la calificación que le sirva de soporte. Este contenido sólo procederá en los casos de instalaciones y actividades extractivas y mineras; depósito de materiales, almacenamiento de maquinaria y estacionamiento de vehículos; y equipamientos colectivos e instalaciones o establecimientos industriales y terciarios.

—Concretar el canon urbanístico a satisfacer al Municipio en concepto de participación en el aprovechamiento urbanístico otorgado por la calificación o, en su caso y con carácter sustitutivo, previa adopción de acuerdo expreso por el Pleno del Ayuntamiento, la entrega gratuita de terrenos por un valor equivalente al mismo.

La cuantía del canon será como mínimo del 2% del importe total de la inversión a realizar para la ejecución de las obras, construcciones e instalaciones e implantación de las actividades y lo usos correspondientes. La de la entrega sustitutiva a la que se refiere el párrafo anterior no podrá ser inferior a una superficie igual al 15% de la unidad rústica apta para la edificación vinculada a la obra, construcción o instalación de que se trate.

La materialización y formalización de la entrega, en la forma que en cada caso proceda, será requisito indispensable para la eficacia de la licencia y el comienzo de las obras. Los terrenos objeto de entrega deberán cumplir lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, relativo a la indivisibilidad de fincas, unidades rústicas aptas para edificación, parcelas y solares.

CUARTO.-

La calificación urbanística se tramita y resuelve dentro del procedimiento para el otorgamiento de licencia urbanística, con las particularidades señaladas en el artículo 27 de La Ley 15/2001, de 14 de diciembre y sin perjuicio de lo que la Ordenanza municipal correspondiente determine en su caso, el procedimiento es el siguiente:

A. Antes de proceder a la instrucción municipal, se remitirá una copia de la solicitud (se adjunta como ANEXO un modelo de la misma) y de un ejemplar del proyecto técnico, visado si se refiere a uno de los trabajos profesionales recogidos en el artículo 2 del Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre Visado Colegial Obligatorio, y la restante la documentación exigible, a la Consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanística para que conozca y resuelva acerca de la calificación urbanística previa a la licencia municipal, suspendiendo el transcurso del plazo máximo legal para el otorgamiento expreso de la licencia durante los tres meses siguientes a su registro de entrada en la Consejería competente o hasta la comunicación de resolución expresa si ésta fuera anterior; transcurrido este plazo sin notificación de resolución alguna se entenderá desestimada la calificación interesada.

Este procedimiento de calificación integral deberá integrar la evaluación de impacto ambiental que sea preceptiva y comprender trámite de información pública por plazo de veinte días.

De conformidad con los artículos 27.1, 176.2 y181.1 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura, habrá de remitirse a la Consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanística la siguiente documentación:

— Declaración responsable del solicitante, en los términos establecidos por el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que deberá acreditar los siguientes extremos:

a) Declaración responsable de que se tiene derecho bastante para realizar la construcción, edificación o uso del suelo pretendido.

b) Declaración responsable del solicitante de que los actos sujetos a licencia que pretende ejecutar se encuentran amparados por la legalidad vigente.

c) Declaración responsable de que se ha obtenido autorización o las autorizaciones concurrentes exigidas por la legislación en cada caso aplicable, así como la concesión o concesiones correspondientes cuando el acto pretendido suponga la ocupación o utilización de dominio público del que sea titular Administración distinta.

d) Memoria descriptiva de las actividades sujetas a licencia o proyecto o proyectos técnicos correspondientes, según legalmente proceda.

— Proyecto técnico suscrito, en caso, por facultativo competente, comprensivo de los planos y prescripciones necesarias para comprobar la adecuación de lo proyectado a la normativa que resulte aplicable y su suficiencia para la ejecución de las obras.

a) En los casos en que las obras cuya autorización se solicite tengan la consideración legal de obras de edificación, en la memoria deberán justificarse expresamente su adecuación al ambiente en que se ubiquen y a la ordenación

territorial y urbanística y sectorial que sea de aplicación y, en el proyecto, que deberá ser precisamente de oras de edificación, incluirse plano de situación a escala mínima de 1:10.000 o 1:2.000, según se trate, respectivamente, de terrenos de suelo no urbanizable o de otra clase, y demás soportes gráficos necesarios para facilitar la emisión de los pertinentes informes, con expresa indicación de la clasificación del suelo y de la ordenación que le es aplicable.

b) En las restantes obras, el proyecto técnico aportado deberá ser el requerido por la legislación reguladora de las mismas, debiendo acompañarse de cuantos otros documentos sean legalmente exigibles.

— Memoria indicativa de la finalidad y el destino de las obras proyectadas [en la que deberá justificarse que la obra que se pretende implantar constituye un supuesto de los actos autorizados en suelo no urbanizable común, así como las condiciones y requisitos sustantivos y administrativos. Asimismo, en la Memoria se deberá describir y aportar información gráfica sobre el entorno en un radio de dos kilómetros alrededor de la construcción que se proyecta. Dicha descripción recogerá las edificaciones existentes, cuenten o no con licencia municipal, con acreditación del aprovechamiento preexistente y probando su realización lícita en ejecución de la ordenación urbanística vigente.

— Estudio de Producción y Gestión de Residuos de Construcción y Demolición, previsto en el artículo 4 del Real Decreto 105/2008, de 1 de febrero, por el que se establece el régimen jurídico de la producción, posesión y gestión de los residuos de construcción y demolición en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Solicitud de Evaluación de Impacto Ambiental (Artículo 27.2 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura)].

De conformidad con el artículo 27.2 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, el requerimiento municipal de la calificación urbanística precisa para la legitimación de actos de construcción, uso y aprovechamiento del suelo promovidos por particulares en suelos no urbanizable, suspenderá el transcurso del plazo máximo legal para el otorgamiento expreso de la licencia durante los tres meses siguientes a su registro de entrada en la Consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanística o hasta la comunicación de resolución expresa si ésta fuera anterior. El transcurso del indicado plazo sin notificación de resolución alguna sólo podrá entenderse, tanto por el interesado como por el Municipio del que penda el procedimiento de otorgamiento de la Licencia, en sentido desestimatorio de la calificación interesada.

El contenido de las calificaciones urbanísticas previas integrará legalmente el de las correspondientes licencias municipales a título de condiciones mínimas legales, según establece el artículo 29 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura.

B. Recibida la resolución favorable a la calificación urbanística, por parte de los Servicios Técnicos Municipales se emitirá informe en relación con la solicitud de licencia presentada, sobre la adecuación del proyecto a la legalidad urbanística, a las normas de edificación y construcción, con especial consideración de las relativas a la

reducción del impacto ambiental, conservación energética y promoción de la accesibilidad para las personas con movilidad disminuida.
C. Será, además, necesario que se emita informe jurídico de los Servicios Municipales sobre la conformidad del acto pretendido con la Legislación aplicable.

D. En su caso, conforme al artículo 181.3 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura, deberá efectuarse comunicación a las Administraciones afectadas para que en el plazo de un mes emitan informe sobre aspectos de su competencia.
E. Con carácter previo al otorgamiento de la licencia se deberá requerir al interesado para que acredite la inscripción registral de la afectación real de la unidad rústica apta para la edificación a las obras, construcciones, las dotaciones, los equipamientos, las instalaciones o los establecimientos legitimados para la calificación urbanística y la licencia municipal pertinentes, según establece el artículo 26.1 último párrafo de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura.
F. Emitidos los informes preceptivos, corresponde al Alcalde resolver sobre el otorgamiento de la licencia de conformidad con los artículos 21.1.q) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local y 175.2 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura.
Por lo tanto el Pleno es competente únicamente en el momento de concretar, de conformidad con el artículo 27.4 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, el canon urbanístico a satisfacer al Municipio en concepto de participación en el aprovechamiento urbanístico otorgado por la calificación: La cuantía del canon, como ya hemos señalado, será como mínimo del 2% del importe total de la inversión a realizar para la ejecución de las obras, construcciones e instalaciones e implantación de las actividades y los usos correspondientes. En su caso, y con carácter sustitutivo a este canon, previa adopción de acuerdo expreso por el Pleno del Ayuntamiento, podría preverse la entrega gratuita de terrenos por un valor equivalente a dicho canon, no pudiendo ser esta entrega sustitutiva inferior a una superficie igual al 15% de la unidad rústica apta para la edificación vinculada a la obra, construcción o instalación.
G. Conforme al artículo 181.4 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura, la resolución deberá notificarse al interesado dentro del plazo máximo de tramitación que sea aplicable en cada caso.
Por otro lado, establece el artículo 176.3 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, que el Ayuntamiento tendrá la obligación de dictar resolución en el plazo que determinen las ordenanzas municipales, que en ningún caso podrá ser superior a quince días hábiles contados desde el día siguiente al de presentación del escrito de solicitud en el registro.
Cuando por razones de interés público debidamente declarado y justificado por el órgano competente para el otorgamiento de la licencia, la dificultad o la complejidad técnica del proyecto requiera un plazo mayor para su otorgamiento este podrá ser ampliado diez días más.

Prevé, además, la letra c) del artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la suspensión del plazo máximo legal para resolver y notificar el procedimiento cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses.

QUINTO.

Con carácter previo al otorgamiento de la licencia, los Ayuntamientos exigirán una fianza u otra garantía financiera equivalente que el titular de la licencia de obras deberá depositar y que responderá de la correcta gestión de los residuos de construcción y demolición que se producirán en las obras.

La cuantía de dicha garantía financiera se basará en el presupuesto incorporado al estudio de gestión y será proporcional a la cantidad de residuos que se estima se van a generar, salvo que le presupuesto haya ido elaborado de modo infundado a la baja, en cuyo caso los Servicios Técnicos Municipales podrán elevar motivadamente el importe de la fianza.

Habrán respetarse, en todo caso, los importes mínimos previstos en las letras c) y d) del apartado primero del artículo 25 del Decreto 20/2011, de 25 de febrero, por el que se establece el régimen jurídico de la producción, posesión y gestión de los residuos de construcción y demolición en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

SEXTO

Las licencias, que integrarán el contenido de las calificaciones urbanísticas, incluirán entre sus determinaciones, el plazo máximo de ejecución y el período máximo en que puede estar interrumpida la ejecución de las obras o los trabajos por causa imputable al promotor.

Téngase en cuenta el artículo 182.2 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, según el cual, para el caso de que lo plazos no estén expresamente previstos en la licencia serán los siguientes:

a. Tres meses contados a partir de la recepción de la notificación del otorgamiento de licencia para iniciar las obras o los trabajos.

b. Las obras o los trabajos no podrán estar suspendidos por un plazo superior a un mes, ni acumuladamente por tiempo superior al 20% del total previsto para la ejecución.

c. El plazo final de duración será el previsto en el proyecto técnico presentado ante la Administración, contado a partir de la finalización de los tres meses disponibles para el inicio de las obras o los trabajos. Si no figurase plazo en el proyecto técnico, aquel será de quince días meses a partir de la notificación del otorgamiento de la licencia.

Este es el informe de la Oficialía Mayor- Departamento de Asesoramiento y Asistencia Jurídica a EE.LL en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para el Ayuntamiento de XX, que

en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.
Badajoz, Enero de 2012

Aprovechamiento de agua sobrante y de pozo de sondeo para centro de tipificación de corderos.

ANTECEDENTES.
Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha X octubre de 2011, tiene entrada en la Oficialía Mayor, escrito del Ayuntamiento de XX, en el que solicita informe sobre "Solicitud de aprovechamiento de agua sobrante y de pozo de sondeo para centro de tipificación de corderos."
- Junto con la petición se remiten sendos escritos de la Sociedad Cooperativa XX, de solicitud de aprovechamiento de agua del pozo de sondeo denominado "Del Basurero" y de aprovechamiento del agua sobrante del manantial denominado "XX", situados ambos en la Dehesa Boyal, para abastecimiento de un Centro de Concentración, Homogeneización y Tipificación de Corderos.
- Además, solicitados determinados antecedentes, el Ayuntamiento, con fecha, facilita la siguiente información:
- Copia de la inscripción del manantial denominado "XX", en el Inventario de Bienes del Ayuntamiento, con la calificación de bien de uso público.
- Copia del informe emitido por el Arquitecto Técnico Municipal, sobre indisponibilidad de agua sobrante del manantial denominado "Pilar Grande".
- Copia del informe emitido por el Arquitecto Técnico Municipal, sobre la innecesariedad del pozo de sondeo denominado "Del Basurero".

FONDO DEL ASUNTO.

1º. La especial naturaleza de los bienes objeto de cesión, un pozo y un manantial para aprovechamiento de sus caudales de agua, introduce en el expediente el matiz propio de un distinto orden normativo, el relativo al dominio público hidráulico, contenido principalmente en el Texto Refundido de la Ley de Aguas y en su Reglamento de desarrollo, ya que el artículo 1.3 del TRLA establece que "Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico.", quiere ello decir que, con independencia de que el pozo y el manantial pertenezcan al Ayuntamiento, su integración en el ciclo hidrológico da lugar a su incorporación en el dominio público hidráulico estatal, por la notable importancia del interés general llamado a proteger. Así el artículo 2 del TRLA integra en el dominio

público hidráulico del Estado "a) Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación." La gestión de tan importante recurso requiere una especial atención, exigiendo por ello el artículo 14 del TRLA su sometimiento, entre otros, a los principios de "Unidad de gestión, tratamiento integral, economía del agua, desconcentración, descentralización, coordinación, eficacia y participación de los usuarios." y reservando al Estado la función de otorgar las concesiones y autorizaciones referentes al dominio público hidráulico en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una sola Comunidad Autónoma (artículo 17, apartados c) y d) del TRLA), que ha sido atribuida a los correspondientes organismos de cuenca (en nuestro caso, la Confederación Hidrográfica del Guadiana), por el artículo 24.a) del tan citado TRLA.

Las situaciones que se pueden dar son diversas y las podemos resumir sobre la base de los tres tipos de aprovechamiento, coincidentes con las tres secciones del Registro de Aguas:

a) Si el pozo se encuentra dentro de la zona de dominio público de cualquier cauce (100 metros desde la máxima crecida), para poder disponer de su caudal debe obtenerse una concesión administrativa del organismo de cuenca.

b) Si no se da el supuesto y el pozo esta a una distancia superior a 100 metros de cualquier cauce, bastará con la inscripción del pozo para el aprovechamiento concreto en el Registro de Aguas de la Confederación Hidrográfica del Guadiana, regulado en los artículos 80 del TRLA y 189 y siguientes del RDPH.

c) Por último, los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la Ley de Aguas de 1879, ya inscritas en el Catálogo de Aguas Privadas, regulado en el artículo 196 (añadido por el Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo) del RDPH, ya que de conformidad con la Disposiciones Transitorias Tercera, "Titulares de derechos sobre aguas privadas procedentes de pozos o galerías, derivados de la Ley de 13 de junio de 1879", y cuarta, "Registro de los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la Ley de 1879", del TRLA, se podrían derivar derechos inscribibles en el Registro de Aguas.

2º. Hechas las salvedades anteriores, de los antecedentes facilitados por el Ayuntamiento, se desprende que la cuestión central del expediente en cuestión se remite al régimen de aprovechamiento y uso de las distintas clases de bienes de los de las entidades locales.

Por lo que respecta al pozo denominado "Del Basurero", situado en la Dehesa Boyal, por los antecedentes que constan en el informe del técnico municipal y por la información verbal facilitada, se deduce que tiene carácter patrimonial, y que su caudal está disponible por no pesar sobre el mismo ningún otro aprovechamiento que tenga carácter preferente, salvo el propio de la finca en la que se sitúa.

La legislación específica en cuanto al aprovechamiento de los bienes patrimoniales (téngase en cuenta lo dispuesto el dispuesto en el artículo 4.1.p) de la LCSP, y el contenido del apartado 2 del mismo precepto: "2. Los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior se regularán por sus normas

especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.") se encuentra en la LPAP, cuyo artículo 107.1 (precepto de carácter básico en virtud de lo dispuesto en el apartado 5 de la Disposición Adicional Segunda), debe ponerse en relación con el artículo 92 del RBEL, por lo que la adjudicación se realizará por concurso, cuando la duración de la cesión sea superior a cinco años o el precio exceda del 5 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto. Debe entenderse que cuando no se exceda ninguno de los límites señalados, estaremos ante supuestos de adjudicación directa de los aprovechamientos. Por lo que respecta al precio del arrendamiento, el apartado 2 del citado artículo 92 del RBEL exige que el usuario satisfaga un canon (entendemos que anual) cuyo importe no sea inferior al 6 por 100 del valor en venta de los bienes, por lo que será preceptivo el informe pericial de valoración del mismo. La aprobación del expediente, que comportará la aprobación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (donde se podrán concretar todas las particularidades a las que alude el técnico municipal en su informe), corresponderá a la Alcaldía o al Ayuntamiento Pleno, en virtud del reparto competencial previsto en la Disposición Adicional Segunda de la LCSP, de pendiendo de su importe y de la duración.

3º. Por lo que respecta al manantial denominado "XX", dado que, según consta en la inscripción del Inventario de Bienes, se trata de un bien de uso público, su régimen de aprovechamiento será el propio de esta clase de bienes, regulado en los artículos 74 y siguientes del RBEL. Se considera que la calificación más apropiada es de uso anormal de un bien de dominio público, por lo que para su otorgamiento se seguirá el régimen propio de la concesión administrativa, pero también se podría estudiar la posibilidad de calificar el aprovechamiento como de uso común especial normal, por concurrir circunstancias de restricción de la intensidad del uso, y otorgar su concesión mediante licencia.

No obstante, se advierte que el informe emitido por el técnico municipal señala expresamente "Que realizada visita al pilar mencionado, comprobando el abastecimiento que del mismo se realiza en la actualidad, y consultado al equipo de servicios múltiples de este Ayuntamiento, se llega a la conclusión que el citado pilar no dispone de agua sobrante, por lo que entiendo que no se debería conceder tal enganche.", por lo que no resulta procedente otorgar licencia ni concesión de clase alguna en relación con el manantial, al no existir disponibilidad del recurso.

4º. Finalmente, y desde una perspectiva distinta, conviene recordar que el artículo 25.2.l) de la LRBRL impone al legislador sectorial que reconozca al municipio competencia en materia de "Suministro de agua, ... , alcantarillado y tratamiento de aguas residuales." y el artículo 26.1.a) exige los Municipios, por sí o asociados, en todo caso, la prestación de los servicios de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado, y el artículo 86.3 declara la reserva en favor de las Entidades Locales de los servicios esenciales de abastecimiento y depuración de aguas. Consecuencia de todo ello es el correlativo derecho a "Exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una

competencia municipal propia de carácter obligatorio.", que reconoce a favor de los vecinos el artículo 18.1.

Por ello, se recomienda al Ayuntamiento que considere la posibilidad de garantizar las necesidades de agua del solicitante desde el propio servicio municipal de abastecimiento de agua del que, como hemos visto, es titular. Para ello, debería prospectar, de un lado, las necesidades que se demandan, tanto de agua bruta como tratada, y de otro, la posibilidad de satisfacer una y otra en función del volumen de agua concedido para el servicio de abastecimiento por el organismo de cuenca y la capacidad de captación de las instalaciones, por lo que se refiere a la demanda de agua bruta, y la capacidad de tratamiento de su estación de depuración, en cuanto a la demanda de agua tratada. Si como consecuencia de ello, se llegara a la conclusión de la viabilidad de la extensión del servicio al Centro de tipificación de corderos, deberían introducirse en la correspondiente tasa las modificaciones precisas tendentes a crear las tarifas que resarzan al municipio por la integración de las nuevas prestaciones.

Este es el informe de la Oficialía Mayor (Asistencia y Asesoramiento Jurídico Local) en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para el Ayuntamiento de XX, que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente, resolverá lo pertinente.

Badajoz, noviembre de 2011.

Reclamación de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), de pago de derechos de autor correspondientes a Fiestas Patronales .

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha XX 01.2011 y entrada en esta Institución Provincial el día 19 del mismo mes del año en curso , se da traslado de acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de meritado Ayuntamiento, de fecha X .12.2011, por el que se interesa informe sobre el asunto epigrafiado, con el tenor siguiente:

"Atendiendo al escrito presentado por D. XX, Delegado Territorial de Madrid actuando en nombre y representación de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES, con RE 7588 de fecha 19 de noviembre de 2010, por el que interpone RECLAMACIÓN PREVIA a la jurisdicción civil solicitando a este Ayuntamiento se proceda al pago de la cantidad de 13.0XX euros que se adeuda por los derechos de autor devengados con motivos de Fiestas Patronales, radio local, conciertos y eventos dramáticos organizados por el Ayuntamiento, por el periodo comprendido entre enero de 2007 y julio de 2010.

Así mismo solicita le sea remitida certificación a cerca de los siguientes extremos:

Si en los presupuestos correspondientes a los años 2007 y 2010 se incorporaron los créditos necesarios para el pago de las cantidades adeudadas a la SGAE y la cuantía de los mismos.

En el caso de que nos se hubieran incorporado los referidos créditos, se emita certificación de los nombres, apellidos y DNI de los miembros del órgano competente de la Corporación que votaron a favor de los presupuestos de cada uno de los años.

Informes evacuados por la Intervención del Ayuntamiento y si lo hizo, en su caso, los correspondientes reparos en cada uno de los ejercicios.

En caso de que los créditos se hubieran incorporado a los Presupuestos, el responsable o responsables de la ejecución de los Presupuestos y, nombre, apellidos, DNI y cargo que ostentan en el ejercicio 2007.

Igualmente, en este último supuesto, se solicita una certificación de la liquidación de los Presupuestos de cada año con, en su caso, el informe evacuado por Intervención. "

FONDO DEL ASUNTO

1.- Concepto y Naturaleza de la SGAE.

La SGAE desarrolla su actividad en el territorio español y extiende su actuación al extranjero. Por consiguiente, es una entidad de gestión colectiva de derechos de

propiedad intelectual, reguladas en el Título IV del Libro III del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y puede definirse como una organización privada de base asociativa y naturaleza no lucrativa que se dedica en nombre propio o ajeno a la gestión de derechos de propiedad intelectual de carácter patrimonial por cuenta de sus legítimos titulares. Está sometida a tutela administrativa, requiriendo la autorización del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

Entendemos que como tal Asociación, su naturaleza descansa sobre una base evidentemente de voluntariedad de pertenencia y, por consiguiente, no todo autor estará asociado y no necesariamente se tienen que gestionar sus derechos de autor a través de la SGAE; podría hacerse, como muy bien se indica en la cuestión que se plantea, a través de otra asociación reconocida o incluso sin ninguna asociación, a título individual.

2.- Funciones de la SGAE.

La propia SGAE declara que emite licencias a los usuarios de las obras dramáticas, audiovisuales y musicales, recauda los derechos generados por su explotación comercial y los reparte entre los autores y los editores musicales, descontando exclusivamente los costes derivados de esta gestión. Los autores declaran sus creaciones en la Sociedad, y éstas pasan a formar parte del repertorio protegido y gestionado por la SGAE. Cada vez que una de estas obras se interpreta, graba, representa, emite o proyecta, el autor percibe los derechos que le corresponden.

3.- Cobertura Legal de la SGAE

El reconocimiento legal de las entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual, entre las que está la SGAE, está en los artículos 147 a 158 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en el primero de dichos artículos se establece que «Las entidades legalmente constituidas que pretendan dedicarse, en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual, deberán obtener la oportuna autorización del Ministerio de Cultura, que habrá de publicarse en el Boletín Oficial del Estado.

Estas entidades no podrán tener ánimo de lucro y, en virtud de la autorización, podrán ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión y tendrán los derechos y obligaciones que en este Título se establecen».

4.- Legitimación de la SGAE

El Título IV (incluido en el Libro III del Real Decreto, bajo la denominación de «De la protección de los derechos reconocidos en esta Ley», regula en el Título IV del mismo las entidades de gestión de los derechos reconocidos en la ley. En el artículo 150 se establece, con respecto a la legitimación, que:

«Estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o Judiciales. Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportan al inicio del proceso copia de sus

estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado sólo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente».

En virtud del contrato de gestión según el artículo 153 la gestión de los derechos será encomendada por sus titulares a la entidad cuya duración no podrá ser superior a cinco años, indefinidamente renovables, ni dicha entidad podrá imponer como obligatoria la gestión de todas las modalidades de explotación ni la de la totalidad de la obra o producción futura.

De lo expuesto se deduce que una vez obtenida la autorización del Ministerio de Cultura, las entidades de gestión están legitimadas para gestionar los derechos de las personas titulares de los derechos de propiedad intelectual que en virtud de un contrato de gestión se los hayan encomendado. Hay que hacer constar por tanto, que en la actualidad no solo está legitimada la SGAE, sino que existen otras entidades que están legitimadas para la gestión de dichos derechos, siempre que haya sido encomendada por el titular de los mismos.

El artículo 157 a) y b) establece que las entidades de gestión están obligadas a contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración y a establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa». Por lo tanto se prevé en la ley el establecimiento de tarifas que establezcan la cantidad a recibir por la utilización del repertorio gestionado por la SGAE, sin que el hecho de que el espectáculo sea gratuito suponga una exclusión en el pago de las tarifas, todo lo más se establecen reducciones para las entidades culturales sin finalidad lucrativa.

5.- Jurisprudencia

En relación con el caso expuesto presenta especial interés la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 12 de Febrero de 2001 que declara que no afecta a la percepción de los derechos de autor el carácter gratuito del espectáculo celebrado por un ayuntamiento, y por lo tanto legitima la reclamación de la SGAE contra el mismo.

Sin embargo, no obstante ello, y a pesar de que como hemos señalado antes el artículo 157 no excluye a los espectáculos gratuitos de las tarifas generales, si que existe en la actualidad una corriente jurisprudencial que en base a que dicho artículo habla del establecimiento de condiciones razonables en la concesión de autorizaciones considera que las tarifas se deben adaptar al caso concreto cuando su importe sea excesivo. A este respecto resulta interesante la Sentencia de 17 de Julio de 2007 de la Audiencia Provincial de Tarragona que señala que «Sobre tal cuestión el criterio Jurisprudencial de las Audiencias es discrepante: las sentencias que no admiten moderación consideran que las tarifas de la Sociedad General de Autores y Editores tienen carácter fijo y general, están aprobadas oficialmente y así sometidas a

un control, sin que ninguna norma permita su moderación, siguiendo la tesis expuesta por la apelante; sin embargo otras sentencias propugnan su adaptación al caso concreto cuando las tarifas generales presentan inadecuado y excesivo su importe, (así la sentencia de la A.P Pontevedra S. 3ª 14 febrero 2002)». Sería deseable que el Tribunal Supremo se pronunciara en el futuro sobre esta cuestión.

En la actualidad la corriente jurisprudencial según lo dicho antes es admitir las reclamaciones de la SGAE aún en los casos de espectáculos gratuitos. Las tarifas que establece la SGAE con respecto a los espectáculos gratuitos se refieren a un porcentaje relativo al presupuesto de los gastos necesarios para la celebración del mismo. Dicho porcentaje será del 10% del mencionado presupuesto para la celebración de espectáculos y conciertos, y un 7% para la celebración de bailes, y se establece que deberá presentarse a tal fin a la SGAE certificación acreditativa al presupuesto de gastos. ¿Cómo debería actuar entonces el Ayuntamiento?. Pensamos que es mejor aportar dicho presupuesto, porque en caso de no aportarlo, y ante una hipotética reclamación de la SGAE ante el Juzgado de la Mercantil, dicho tribunal podría a falta de prueba en contrario, dar por buenas las estimaciones hechas por la SGAE, lo que podría ser aún peor. Lo que si podría hacer el Ayuntamiento es acudir a dicho Juzgado si estimara que la reclamación de la SGAE es excesiva, de acuerdo con la corriente jurisprudencial a la que nos hemos referido antes.

La normativa reguladora de los derechos que la Sociedad General de Autores tiene derecho a percibir es ciertamente farragosa y compleja y probablemente injusta. La citada normativa que regula la propiedad intelectual es la recogida en el Real Decreto 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Boletín Oficial del Estado 22.04.1996). La SGAE es una asociación de carácter civil, autorizada como entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual, mediante la Orden del Ministerio de Cultura, de 1 de junio de 1988.

6.- De la reclamación de derechos de autor por la SGAE

6.1. Acreditación de la pertenencia a la SGAE

La cuestión que se planeta se contrae a determinar si el Ayuntamiento tendría derecho a saber si un determinado autor pertenece a la SGAE o no y qué medios o recursos se tendrían para ello. Pero en definitiva hay que saber también si la pertenencia a la SGAE es obligatoria o no, ya que si así lo fuera no tendría objeto desear obtener esa información, se daría por hecho. Como hemos señalado, entendemos que la SGAE es una Asociación a la que se pertenece voluntariamente. Está inscrita con el número 82089 en el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior, con fecha 05 de octubre de 1988 bajo el epígrafe «Profesionales del Artículo y de la Literatura».

En sus Estatutos, autorizados el 1 de junio de 2008 (Boletín Oficial del Estado del 4) se señala que (artículo 2):

«La Sociedad fue autorizada para actuar como entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual, en virtud de Orden del Ministerio de Cultura de 1, de junio de 1988. El artículo 147 del Real Decreto 1/1996 indica, cuando se refiere a las entidades

Legalmente constituidas que pretendan dedicarse, en nombre propio o ajeno; a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual, que además de que deberán obtener la oportuna autorización del Ministerio de Cultura, no podrán tener ánimo de lucro y, en virtud de la autorización; podrán ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión y tendrán los derechos y obligaciones que en este Título se establecen.

El Consejo de Estado, a propósito del Dictamen emitido (19/2/1996) con motivo del Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual indicó que: «En efecto, el artículo 135 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, origen del citado artículo 144 del proyecto, reconoce a las Entidades de Gestión legitimación para actuar en nombre de sus asociados. Lo que, en modo alguno, establece dicho precepto Legal es una presunción de la condición de asociado a la Entidad de Gestión de que se trate. Son, por tanto, dos aspectos cualitativamente distintos, sin que, como se dice, del artículo 135 citado quepa deducir la referida presunción; conclusión esta que, por lo demás, queda corroborada por su propia aplicación práctica, por la interpretación que vienen realizando los Tribunales (tal y como se refleja en la memoria justificativa) y por la propia actuación seguida por la Administración en este aspecto.

.../...

Se insiste en que una cosa es reconocer a las Entidades de Gestión Legitimación para defender a sus asociados y otra bien distinta presumir dicha condición misma de asociados a una Entidad de Gestión, aspecto este último que no se deduce del artículo 135 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987; como lo confirma el hecho mismo de que los Tribunales -como se reconoce en la memoria justificativa- vengan exigiendo a las Entidades de Gestión que acrediten el vínculo Jurídico que les une con las personas que dicen representar».

Entendemos que la pertenencia a la SGAE no es obligatoria para todo autor. La propia Sociedad, en su web exige que se solicite el alta en la misma, exigiendo el currículum y la firma del contrato de gestión. También informa que dispone de más de 66000 asociados. Lo que resulta extraño es que no se muestra, al menos nosotros no la hemos encontrado, una base de datos de los autores asociados a la SGAE, cuando técnicamente no sería nada complicado en la actual sociedad informatizada. La A.P. Alicante en Procedimiento Juicio Ordinario 172/05, Sentencia de 21 de marzo de 2007, afirmó que:

«En cualquier caso, la afirmación sobre la obligatoriedad para el autor de la pertenencia a una entidad gestora para la efectividad de sus derechos, no deja de ser una afirmación carente de realidad Jurídica visto el tenor del artículo 17 LPI. De hecho, vienen señalando la Jurisprudencia que el autor tiene derecho de gestión individual lo que explica que la vinculación del autor con la entidad se efectúe a través de un contrato de gestión -artículo 153 LPI -; dependiente de la voluntad del autor, que carecería de sentido si la gestión colectiva deviniera por Ley obligatoria.

Así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1999 (números 880/1999 y 881/1999) reconocen que cualquier autor puede hacer valer directamente sus derechos, salvo en determinados supuestos previstos en la Ley; en concreto, respecto de los derechos de necesaria gestión colectiva, ajenos a esta resolución como por ejemplo ocurre en los supuestos de compensación equitativa por copia privada del artículo 25-8 LPI.

No puede, por tanto, hablarse que la defensa de los derechos de propiedad intelectual los asume con exclusividad la Sociedad General de Autores de España, no sólo porque cabe gestión individual; sino, además, porque están autorizadas ya otras entidades de gestión que defienden intereses distintos de los singulares y específicos de los autores, configurándose como entidades de gestión colectiva que garantizan sus propios intereses con independencia y compatibilidad como la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y de articulistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE). En conclusión, ni obligatoriedad ni monopolio.

Por otra parte, la Federación Española de Municipios y Provincias firmó un Convenio con la SGAE, con fecha 29 de abril de 1996, que tenía por objeto establecer programas coordinados de actuación que optimicen la utilización de los recursos de que disponen. Dicho Convenio es aplicable a aquellos Ayuntamientos que se hayan adherido al mismo pero puede servir de orientación a aquellos que no lo estén. Hay que tener en cuenta que si se paga por derechos de autor se debe abonar el 10 % de los ingresos de taquilla por cada concierto, recital o espectáculo que se celebre. En los bailes esporádicos celebrados con motivo de ferias y fiestas patronales, por derechos de autor, el 7% de los ingresos obtenidos en taquilla por cada baile que se celebre.

Si no pudiera contraseñarse el billetaje ni se pudiera obtener la hoja de taquilla por causas ajenas al Ayuntamiento, la citada tarifa del 7% se aplicará sobre el 75% del aforo, tomando como base un metro cuadrado por pareja y la suma de los precios de señorita y caballero, bonificada en un 25%. Se establecen tarifas mínimas para espectáculos con taquilla cuando rijan precios de taquilla bonificados o subvencionados, o notoriamente distanciados de los precios que habitualmente rijan en el mercado para espectáculos análogos. En este caso, se calculará mediante la aplicación del porcentaje correspondiente a la modalidad de uso afectada, al presupuesto de gastos necesarios para la celebración del espectáculo de que se trate.

Se entenderán precios de taquilla bonificados o subvencionados los que, calculada la suma de ingresos que se obtendrían por la venta de la totalidad de las localidades del aforo, dicho importe resultara inferior al presupuesto de gastos necesarios para la celebración del espectáculo. Cuando los espectáculos se celebren con acceso gratuito al público y no condicionado a exigencia previa alguna, la tarifa por derechos de autor se calculará mediante la aplicación del porcentaje correspondiente a la modalidad de uso afectada, al presupuesto de gastos necesarios para la celebración del espectáculo. A tal fin, los Ayuntamientos vendrán obligados a presentar a la SGAE la certificación acreditativa del total del presupuesto de gastos de cada espectáculo a que se refiere el presente epígrafe.

Y cuando existan dificultades en la determinación del presupuesto de gastos por cada acto celebrado, o ante el supuesto de falta de presentación del mismo por parte del Ayuntamiento, los derechos de autor se calcularán tomando como base el importe del caché habitual de los grupos o articulistas actuantes, incrementado en un 5 %. Se entenderá por «caché» la contraprestación económica que perciba(n) el / los articulista(s) intérprete(s) o ejecutante(s) por su actuación, descontados el IVA y demás impuestos aplicables. Por todo ello, debido a la forma de facturar, quizás sea indiferente para el Ayuntamiento quiénes sean los autores o ejecutantes a efectos de pago a la SGAE».

6.2. Acreditación del reparto de derechos por la SGAE

Otro problema, que no compete al Ayuntamiento, pero si de su interés, es cómo se reparte el importe de los derechos. Independientemente de todo o anterior, creemos que no parece una información reservada quiénes son los que pertenecen a la SGAE, debería ser una información pública e incluso podría mantenerse un listado actualizado a través de la web. En nuestra opinión nada debería obstar para que si así se solicita, la SGAE certifique si determinados autores están inscritos o no como asociados y cuál es el repertorio.

Si no se facilita la información en un tiempo razonable, desconocemos qué medio podría haber para instar a ello, no parece que haya previsión Legal al respecto; se nos ocurre que se podría el Ayuntamiento dirigir al Ministerio de Cultura para que se recabe esa información y el último caso, demandar a la SGAE ante la Jurisdicción civil.

6.2.1 A quien corresponden los derechos gestionados por la SGAE

El artículo. 17 RDLeg 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, TRLPI, establece que corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente ley. Dichos derechos, con arreglo a lo dispuesto en el artículo. 147 TRLPI, artículo.147 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia pueden ser gestionados por que las entidades que legalmente se constituyan con ese fin y que obtengan la preceptiva autorización del Ministerio de Cultura, tras la cual, estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales. Al objeto de justificar su legitimación, únicamente necesitarán aportar al inicio del proceso una copia de sus estatutos y la certificación acreditativa de su autorización administrativa (artículo. 150 TRLPI artículo.150 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia).

En este sentido, los Estatutos de la SGAE establecen que el principal fin de esta Sociedad es la protección del autor en el ejercicio de los derechos exclusivos de

reproducción, distribución y comunicación pública, mediante la eficaz gestión de los mismos, en cuyo ejercicio la Sociedad gozará de la legitimación prevista en el artículo. 150 TRLPI artículo.150 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia(artículo. 6artículo.6 Real Decreto 3082/1978, de 10 de noviembre, por el que se aprueban los Estatutos de la Sociedad General de Autores de España. RD 3082/1978, de 10 de noviembre, por el que se aprueban los Estatutos de la Sociedad General de Autores de España). Por todo ello, la SGAE puede legalmente gestionar el cobro de los derechos de autor por obras que se interpreten en cualquier tipo de acto, estén organizados por entidades privadas o públicas, se celebren en un local cerrado o en la vía pública y sean de pago o gratuitos, con la única excepción de que se trate de actos oficiales, en virtud de lo establecido en el artículo. 38 TRLPI. artículo.38 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia

Dicho artículo establece que la ejecución de obras musicales en el curso de actos oficiales del Estado, de las Administraciones públicas y ceremonias religiosas no requerirá autorización de los titulares de los derechos, siempre que el público pueda asistir a ellas gratuitamente y los articulistas que en las mismas intervengan no perciban remuneración específica por su interpretación o ejecución en dichos actos. No obstante, las actividades organizadas en las fiestas patronales, aunque se celebren al aire libre y sea gratuita su asistencia, no pueden considerarse como actos oficiales y, consecuentemente, estarán sujetas, como ya hemos dicho, al pago de los derechos de autor de igual modo que cualquier otro evento en el que se interpreten obras musicales por personas diferentes a sus creadores.

6.2.2 Contratación por las EE.LL a efectos SGAE

Resulta indiferente que las contrataciones de la Corporación Local se efectúen mediante un representante, intermediario u otras asociaciones, ya que el organizador sigue siendo el Ayuntamiento, y por ende el obligado al pago de los derechos de autor. Dicho criterio ha sido establecido por la jurisprudencia en reiteradas ocasiones. Así, la Sentencia de AP de Burgos de 12 mayo de 2005, SAP Burgos de 12 mayo 2005 dispuso que: "Es el Ayuntamiento de Covarrubias en cuanto organizador o promotor de las actuaciones musicales de sus Fiestas Patronales, en interés y beneficio del municipio, quien ha de entenderse realiza la comunicación pública de las obras musicales, que en virtud del servicio contratado reproducen o interpretan los articulistas. El responsable de la comunicación pública de la obra, frente a la titular de los derechos de explotación, no puede ser otro que el organizador del evento, ya lo haga con ánimo de lucro o no, y sin perjuicio de los pactos a que haya podido llegar con los intérpretes, respecto a quien debe asumir el coste de los derechos de autos".

De igual modo se ha pronunciado el TS, en sentencia de la Sala 1ª de 24 noviembre 2006, declara no haber lugar al recurso de casación formulado, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y condena a la parte recurrente al pago de las

costas causadas. La Recurrente alega entre otros motivos que la sentencia de instancia no ha tenido en cuenta la falta de legitimación activa o "ad causam" de la entidad actora, y el Tribunal considera que basta a la "S.G.A.E." para la defensa en juicio de los derechos a que se refiere el litigio con la aportación de la autorización administrativa que la habilita para gestionar esta modalidad de derechos de autor y los Estatutos aprobados por el Ministerio de Cultura, para tener así por cumplido lo exigido en la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre los requisitos de legitimación procesal. Por otro lado la sentencia impugnada establece que la demandada a través de una Comisión para organizar los festejos, hizo uso de un repertorio musical de autores cuyos derechos son gestionados por la "S.G.A.E.", que no han sido abonados por el Ayuntamiento demandado y que debe tenerse por probada la deuda reclamada en la que dispuso: "ha quedado demostrado en las actuaciones que el demandado no ha negado que ella misma, o a través de una Comisión para organizar los festejos antes indicados, hizo uso del repertorio musical de autores cuyos derechos son gestionados por la "SGAE ", y, asimismo, se ha acreditado que no satisfizo a la actora los abonos relativos a estas comunicaciones públicas".

Y de igual forma, la AP de Salamanca, en su Sentencia de 24 de abril de 2007: Frente a la resolución de instancia que estimó la demanda en parte, la AP estima parcialmente la demanda, revoca la resolución en el sentido de fijar como cantidad que debe ser abonada por la demandada una inferior. Este Tribunal establece, entre otros pronunciamientos, que existe un error en la valoración de la prueba a la hora de determinar la cantidad que se reclama, examinados los contratos mercantiles de prestación de servicios de espectáculo público aportados, y sobre los que la SGAE reconoce deben aplicarse las tarifas previstas, efectuados los oportunos cálculos sobre las retribuciones netas establecidas en los mismos, e incluidos aquellos festejos patrocinados, según la demandada, por la comisión de festejos, esta Sala obtiene una cantidad ligeramente inferior a la estimada en primera instancia, por lo que evidentemente debe rectificarse la cantidad objeto de condena.

"Por todo ello debe entenderse que, con independencia de que esa denominada comisión de festejos materialmente llevase a cabo la contratación, no hay duda de que de alguna forma está apoyada por el propio Ayuntamiento que ha asumido sus gestiones incorporando al programa oficial las actividades propuesta por la misma". O la AP de Zamora, en su Sentencia de 9 de abril de 2007: "la legitimación pasiva del Ayuntamiento para satisfacer los derechos de autor reclamados y, por ende, para ser condenado a través de la presente resolución a satisfacerlos, no nace sólo cuando aquél actúa como organizador directo de los eventos que se celebran en el municipio, sino también cuando lo hace como indirecto, y por ello, responsable último, supuesto este que tiene lugar cuando, como en el caso de litis, subvenciona su costo".

No obstante, en ocasiones no se ha establecido de forma tan clara la responsabilidad del Ayuntamiento, como ocurrió en la Sentencia de la AP de Pontevedra de 6 de abril de 2006: SAP Pontevedra de 6 abril 2006 Contra la resolución de instancia que estimó la demanda y condenó a la demandada, la AP desestima el recurso de apelación formulado por la demandada y confirma la resolución. La Sala considera

que la Sociedad General de Autores y Editores tiene legitimación propia para el ejercicio de las acciones legalmente previstas en defensa de los derechos cuya gestión tiene encomendados, sin que sea necesario acreditar, y mucho menos aportar, la existencia de concretos vínculos contractuales con los autores cuyas obras son objeto de comunicación pública indebida. La Comisión de Fiestas demandada concertó contratos con orquestas que difundieron -sin autorización- obras protegidas por los derechos gestionados por la demandante lo que constituye el presupuesto desencadenante de la obligación del pago del canon, la persona que viene obligada a satisfacer los derechos de autor es el propio empresario del espectáculo, que en el supuesto enjuiciado es la parte demandada.

"La documental aportada evidencia que la Administración local se limitó a conceder autorización para ocupar el espacio público a la "Agrupación de Festas de Vigo", pero no que haya organizado individualmente los festejos ni mucho menos concertado por sí la actuación de las diferentes orquestas, aunque pueda haber colaborado económicamente a su producción por el capítulo de la subvención... la Comisión de Fiestas fue empresaria del espectáculo, contratando a los diversos grupos musicales y pagando el precio pactado por su intervención..., por lo que, en aplicación del artículo. 79 en relación con el artículo. 83, ambos de la LPI, es la obligada al pago del canon correspondiente".

7.- Reclamación del pago. Intimidación

Aún cuando nos parezca muy poco afortunado el estilo que utiliza la SGAE en los escritos que dirige a los Ayuntamientos al objeto de que éstos les abonen los derechos de autor, por estar envueltos en un tono intimidatorio cuya única finalidad es amedrentar a los corporativos, sin duda fuera de lugar y que en ningún caso comparte, no nos parece que su contenido pueda considerarse ni una amenaza ni una coacción, en los términos en los que se definen en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, CP, por cuanto se considera que incurre en dichos delitos aquél que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico (artículo. 169 CP), o, en el caso de la coacción, aquél que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto (artículo. 172 CP), y ninguna de dichas conductas parece ser la llevada a cabo por la SGAE , con independencia de que el tono de su intervención pudiera, en algunos casos, parecernos agresivo, grosero e insolente en la reclamación de datos, documentación e información que pasamos a estudiar..

8.- Petición de documentación/Información

Por último, por lo que respecta a la obligación de proporcionar la información solicitada, hay que decir que el artículo. 207 RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, ROF, establece que todos los ciudadanos tienen derecho a

obtener copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos de los órganos de gobierno y administración de las Entidades locales y de sus antecedentes, así como a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la legislación de desarrollo del artículo. 105.b) de la Constitución Española de 1978. En este sentido, el artículo. 37.1 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.

Como consecuencia de todo ello, entendemos que la solicitud instada por la SGAE , al referirse a los procedimientos que se instruyeron en los años 2007, 2008 y 2009, y por tanto ya finalizados, deberá tramitarse de conformidad con lo dispuesto en la normativa citada y, por consiguiente, la Corporación estará obligada a expedir el correspondiente certificado sobre aquellos antecedentes, acuerdos y documentos que consten en los expedientes administrativos que se cursaron al efecto. Obviamente, en aquellos supuestos en los que la información solicitada no conste en los expedientes, no podrá certificarse sobre dicha cuestión, caso de la identificación nominal de los corporativos que votaron los acuerdos, por cuanto que, salvo que la votación fuese nominal o así lo solicitasen los propios interesados, el sentido del voto de cada corporativo no es un dato que deba figurar en las actas (artículo. 109 h 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.), y con mucha menos razón, al tratarse de datos protegidos, podrá hacerse constar el DNI de cada concejal.

9.- Otras consideraciones

Nuestra opinión es que en aquellos casos en los que la Corporación, y en lo sucesivo hubiese de contratar con un tercero, con personalidad jurídica, debiera convenir que fuese él el que asumiese la obligación de llevar a cabo la totalidad de la gestión y organización de las actuaciones de las fiestas, incluida la de conseguir con carácter previo al inicio de las mismas las correspondientes autorizaciones de la SGAE , y así podría eximirse de responsabilidad el Ayuntamiento frente a la SGAE. En cualquier caso, no sería éste el caso sometido a consulta, en el que es el propio Ayuntamiento el responsable de organizar los festejos, por lo que no hay lugar a dudas de que también debe ser dicha Entidad Local la obligada a pagar los derechos de autor.

Badajoz, febrero de 2011

Recogida de perros vagabundos

1º. Depurar de quién son las competencias para la recogida de canes en la provincia de Badajoz: de los Ayuntamientos, de la Diputación, de la Junta, a medias entre Administraciones.

Baste remontarnos al Real Decreto de 29 de enero de 1929, para conocer que han sido los Ayuntamientos los depositarios de esta competencia, que especialmente a nivel de ordenanzas o regulaciones locales, ha sido la normativa inmediatamente aplicable, puesto que no hemos anotado su derogación, y es posteriormente el Decreto de 17 de mayo de 1952, el que reitera esta atribución a los Ayuntamientos mediante la obligación de la recogida y captura de perros vagabundos, indocumentados o sin dueño conocido, además del establecimiento del registro y matrícula de tales animales, complementado por la Orden de 14 de junio de 1976, que define, entre otros aspectos, el concepto de perro vagabundo, las condiciones de recogida y captura; perreras, estancia en ellas o sacrificio.

Esta competencia municipal viene refrendada a nivel legal en el artículo 18 de la Ley 5/1997, de 24 de abril, de Protección de los Animales de Compañía:

" Servicio de recogida. Será competencia de los Ayuntamientos, o en su caso de las Diputaciones, la recogida de los animales abandonados. ..."

Competencia municipal que es corroborada en el ámbito de nuestra comunidad autónoma por la Ley 5/2002, de 23 de mayo, de Protección de los Animales, en los siguientes artículos :

- 9, "Los Ayuntamientos cumplirán la normativa en vigor en los temas objeto de esta Ley."
- 24, "1. Corresponderá a los Ayuntamientos:

a) Establecer y efectuar un censo de las especies de animales de compañía que se determinen.

b) Recoger y sacrificar animales de compañía directamente o mediante convenios con asociaciones de protección y defensa de los animales u otras instituciones sin ánimo de lucro.

2. Corresponderá asimismo a las Administraciones Públicas local y autonómica la inspección y vigilancia de lo dispuesto en esta Ley."

2º. Si la Diputación no fuera competente, sobre qué base legal podríamos realizar convenios con todos los Ayuntamientos de la provincia para tal fin. Pasos a seguir: en pleno, en secretaria general, con los Ayuntamientos.

3º. Igual que el apartado anterior, pero ahora necesitamos conocer los pasos legales que deben dar los Ayuntamientos para el traspaso de esas competencias a la Diputación de Badajoz.

4º. ¿Qué requisitos o procedimientos legales-administrativos hacen falta para que un propietario de perro registrado con microchip, entregue dicho animal a un Ayuntamiento y qué requisitos o procedimientos legales-administrativos hacen falta para que éste a su vez lo entregue a la Diputación?

Varias son las cuestiones que debemos analizar y estudiar previamente, para hacer un examen correcto de la situación planteada y en base a ello, establecer los cauces idóneos de actuación, respecto de ella:

1º.- ¿Que es un Registro de identificación animal?:

Los códigos de los animales identificados integran los distintos registros (Bases de Datos). Para asegurar la eficacia de la identificación es necesario que las bases de datos reúnan, al igual que los métodos de identificación, unas condiciones básicas para garantizar un correcto funcionamiento. La Base de Datos debe ser:

- Única y centralizada
- Acceso rápido, simple y permanente.
- Inviolable
- Continuidad Garantizada
- Control sobre los Datos
- Vocación de Servicio

En Extremadura la base de datos que tiene inscritos los animales de compañía es el RIACE (Registro Informático de Animales de Compañía de Extremadura), propiedad de los Ilustres Colegios Oficiales de Veterinarios de Badajoz y Cáceres, donde el propietario podrá verificar los datos de su mascota introduciendo el número de microchip y su D.N.I.

2º.- Supuestos de pérdida, cesión o fallecimiento del animal:

Al ser una identificación permanente en caso de perdida, cesión o fallecimiento del animal, deberá el propietario notificarlo al RIACE. La forma más fácil es ponerse en contacto con un Centro Veterinario, donde se le facilitará la documentación para el cambio de propietario, domicilio o para la baja en el Registro. En caso de perdida, podrá igualmente ponerse en contacto con el veterinario, llamar al teléfono o e-mail del Registro RIACE, o bien comunicarlo a la policía local o guardia civil.

Para la cesión, se acompaña a este informe, modelo de contrato (Anexo I)

3º.- Intervención de los Ayuntamientos en los supuestos mencionados.

La circulación de perros en las poblaciones y vías interurbanas, amén de lo que más adelante se dirá, se rige por lo que particularmente dispongan las Ordenanzas de Policía y Buen Gobierno de cada Ayuntamiento.

En efecto el artículo 4.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de Abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), atribuye a los Ayuntamientos la potestad reglamentaria, es decir, la capacidad para desarrollar, dentro de la esfera de sus competencias, lo dispuesto en las leyes estatales o autonómicas. Como consecuencia de esta potestad,

los Ayuntamientos pueden dictar disposiciones de carácter general y de rango inferior a ley, sin que, en ningún caso, estas disposiciones puedan contener preceptos opuestos a las leyes y esta potestad reglamentaria de los Ayuntamientos se materializa a través de las Ordenanzas y Reglamentos aprobados por el Pleno Municipal. Se habla de Ordenanzas para referirse a las normas municipales con efectos sobre los ciudadanos y de Reglamentos para las normas internas, de autoorganización.

Es por tanto, el que a través de las citadas Ordenanzas de Policía y Buen Gobierno de cada Ayuntamiento, se han de regular las cuestiones atinentes a la circulación de los animales domésticos (perros y gatos) por las vías urbanas e interurbanas, e igualmente regular en ellas, las situaciones de hecho que apuntamos y que son objeto del presente.

Para lo cual ha de tenerse presente la normativa estatal y autonómica que incide sobre la materia y que dejamos apuntada en el apartado 1º del presente, debiendo hacer hincapié a la hora de la concreta regulación y contenido de la Ordenanza, de las determinaciones que al respecto contiene la Orden Ministerial de 16 de diciembre de 1976 (Mº Gobernación)), que modifica la de 14 de junio del mismo año, y cuyo artículo 3 define como perro vagabundo, entre otros casos, a aquél que circule sin ser conducido por una persona en poblaciones o vías interurbanas, no teniendo tal carácter el que camine al lado de su amo con collar y medalla de control sanitario (hoy, Tb. microchip), aunque circunstancialmente no sea conducido sujeto por correa o cadena. Este primer carácter de vagabundo podría aplicarse a esos perros sueltos (aunque de dueño conocido) que vagan por las calles del municipio causando desperfectos y molestias a los vecinos.

En segundo lugar el artículo 7 de la también citada Orden Ministerial, dispone que los perros vagabundos y los que circulen en poblaciones desprovistos de collar con chapa numerada serán recogidos por los servicios municipales o los de la Diputación Provincial, según la Orden Ministerial de 5 de diciembre de 1974 (Mº Gobernación), y a esta intervención Provincial aludiremos seguidamente, sin obviar en la regulación municipal la referencia a la responsabilidad de los propietarios o poseedores de estos animales que vayan sueltos y causen daños y/o molestias a los vecinos, puesto que el artículo 1905 del Código Civil declara al poseedor de un animal o el que se sirve de él, responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe, y con más razón si los daños se causan por la negligencia y descuido del propio dueño del animal.

Señalar de otro lado, las sanciones a las meritadas Ordenanzas, ya que el artículo 21 de la citada Orden Ministerial de 14 de junio de 1976 dispone que las infracciones a las Ordenanzas Municipales serán sancionadas por el Alcalde (…..) teniendo en cuenta las circunstancias como el peligro para la Seguridad pública, la colaboración ciudadana y el desprecio a las normas elementales de convivencia, con sumisión a las cuantías de multas permitidas por la legislación de Régimen Local (artículo 59 del Texto Refundido de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril), sin perjuicio todo ello de seguirse, si procediese, la vía judicial.

4.- Intervención de la Diputación Provincial

En cuanto la repetida Orden de 14 de junio de 1976, que ya vimos, es la que encomienda a los Ayuntamientos con arreglo a la Ley de Régimen Local la atención del censado, recogida y sacrificio de perros con arreglo al Decreto de 17 de mayo de 1952 (BOE del 26 de junio) por el que se declara obligatorio el registro y matrícula de perros, y es la Orden Ministerial de 5 de diciembre de 1974 (ya citada), la que establece la intervención de las Diputaciones Provinciales como cooperación a los servicios municipales en los Ayuntamientos de censo inferior a 5.000 habitantes (Circular complementaria de 29 de julio de 1975), y que debe su vigencia al mandato legal del artículo 18 de la Ley 5/1997, de 24 de abril, de Protección de los Animales de Compañía, arriba trascrito, en lo que aquí interesa: " Será competencia de los Ayuntamientos, o en su caso de las Diputaciones, la recogida de los animales abandonados. ..."

En base a lo anterior y teniendo en cuenta que, pese a ser de la competencia municipal, los limitados recursos de que disponen estos ayuntamientos de escasa capacidad económica y de personal, impiden que ellos el asumirlo, y hace preciso (….en su caso), el que se proceda a su asunción por la Diputación Provincial (artículo. 36 LRBRL), y en su consecuencia, llevarse a efecto mediante la celebración de un convenio de colaboración entre la Diputación Provincial y los ayuntamientos de la provincia relativo a la cooperación provincial en la prestación del servicio de recogida de perros vagabundos en sus municipios.

Dicho Convenio, para fundamentar la necesidad de su celebración, entendemos debería pivotar sobre los siguientes extremos:

Objeto

Fijar las condiciones de colaboración de la Diputación y los Ayuntamientos que se adhieran al mismo, en la prestación del servicio, de competencia municipal, de recogida de perros vagabundos.

Beneficiarios

Potencialmente lo son todos los ayuntamientos de la provincia. No obstante, los interesados deben manifestar de manera expresa su adhesión al Convenio, mediante acuerdo del Pleno.

Cómo se actuaría

Debe existir una petición previa del ayuntamiento, el cual, necesariamente, tiene que estar adherido al Convenio.

En ningún caso se prestaría el servicio a petición de particulares.

Los perros susceptibles de ser recogidos serían los considerados como "vagabundos", es decir, sin dueño conocido o que circulen sueltos en cualquier población o vía interurbana.

También pueden recogerse los entregados voluntariamente por sus dueños expresando su voluntad al correspondiente ayuntamiento. (Anexo I a este Informe)

La recogida y el transporte se efectuará por el equipo provincial (auxiliado siempre por una persona designada por el ayuntamiento) utilizando técnicas y medios adecuados y en las debidas condiciones higiénico sanitarias.

Los perros recogidos serán trasladados a las instalaciones de la perrera provincial.
Periodo de albergue de los animales.

1. Los animales recogidos, que no padezcan enfermedad alguna, estarán a disposición de los propietarios para su retirada (previo abono del precio público correspondiente), durante un periodo máximo, salvo circunstancias excepcionales, de siete días.
2. Los animales que no hayan sido retirados por sus dueños o que no abonen el importe que corresponda quedarán, durante tres días, a disposición de quien desee adoptarlos, también previo abono del precio público establecido.
3. Transcurridos dichos plazos, los perros no retirados ni cedidos se sacrificarán por procedimientos eutanásicos.

Al presente informe, se acompaña modelo de Convenio (Anexo II)
Financiación
Los ayuntamientos podrían contribuir mediante aportaciones anuales que se calcularían por la Diputación teniendo en cuenta el número de habitantes del municipio y los kilómetros de distancia entre éste y la perrera provincial.
Los gastos ocasionados por la recogida, transporte, albergue y vacunación en su caso, deben ser satisfechos por la persona que retire el perro. Estos importes aparecerán regulados en la "Ordenanza Reguladora de los precios públicos por la prestación del servicio de recogida, albergue, tratamientos sanitarios y otros de los perros vagabundos y sueltos en los municipios de la provincia de Badajoz".
5. Posibilidad de realizar Convenio con el colegio de veterinarios para acceder a la base de datos de los perros registrados de la provincia.
Desde el punto de vista de la Legislación estrictamente local, el convenio de colaboración que se suscriba deberá ajustarse, aparte de lo contenido en el artículo 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP - PAC), a lo recogido en los artículos 55, 57 y 106.3 de la Ley 7/1985 Reguladora de las Bases de Régimen Local, sirviendo todos ellos de fundamentos Jurídicos a los convenios de colaboración que pretendan realizarse.
Sobra señalar que la realización de dicho convenio de colaboración es opcional para la Diputación y la realización del convenio requerirá acuerdo Plenario facultando al Presidente para la firma de aquel.
Por lo anterior, entendemos, no existir inconveniente alguno en la suscripción de dicho Convenio, el cual deberá recoger la creación, gestión integral, y seguimiento del registro de animales en todos los municipios menores de 5.000 habitantes, a los que se ofrecerá "un tratamiento informatizado de todos los datos incluidos en los registros municipales, además de una información detallada de su funcionamiento".
Del mismo modo, gracias a los datos individualizados del registro, tras la lectura del microchip se podrán identificar animales perdidos en el ámbito provincial, regional, nacional y europeo. Para disponer del servicio integral, los ayuntamientos tendrían que solicitar su adhesión al convenio a través del Colegio de Veterinarios. (V. gr.

Convenios Diputaciones de Sevilla, Zamora, Albacete... y Colegios respectivos de Veterinarios)

Badajoz, febrero de 2011

BIENES

Cesión de terrenos con calificación de comunales para acondicionamiento de la Ctra. EX-112.

ANTECEDENTES.
Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:
Con fecha X de febrero de 2011, tiene entrada en este Servicio, escrito del Ayuntamiento de XX, mediante el que se solicita informe "… donde se describa el procedimiento a seguir, así como el modelo de expediente de cesión de terrenos para el acondicionamiento de la Carretera EX112 y la segregación de dichos terrenos."
Junto con la solicitud se acompaña la siguiente documentación:
Copia de la inscripción en el Inventario de Bienes y Derechos del Ayuntamiento, Fincas Rústicas, en el que aparece con el nº 1 la finca afectada, denominada "Dehesa XX", con una superficie de X.5 X hectáreas, con calificación de Bien Comunal.
Copia de la nota simple informativa de la inscripción registral de la finca anterior.
Escrito del Secretario General de la Consejería de Fomento en relación con las obras de "Acondicionamiento Ctra. EX112, XX – XX", en el que se hace constar que el "… proyecto fue aprobado con fecha X de noviembre de 2010, se ven afectados terrenos pertenecientes a las parcelas que a continuación se relacionan, que según nuestros archivos son propiedad del Ayuntamiento de XX." Los bienes afectados son parte de la finca comunal indicada, con una superficie de XX metros cuadrados, XX metros lineales de malla y X puertas. En el mismo escrito se manifiesta que "Con objeto de regularizar la situación legal del expediente, siendo necesario disponer de los terrenos indicados para la ejecución de la mencionada obra, cuyo proyecto lleva implícita la declaración de utilidad pública, por el presente tengo a bien solicitar la CESIÓN de los terrenos afectados por la ejecución de dicha obra …"
FONDO DEL ASUNTO.
1º. De los antecedentes consignados se deduce la necesidad de realizar operaciones de índole diversa: de un lado, la delimitación de la superficie afectada para su segregación de la finca matriz, y realizado esto, la desafectación del carácter comunal de la finca para su posterior cesión a la Administración Autonómica, para llevar a cabo el proyecto de "Acondicionamiento de la Carretera EX112".

2º. Por lo que respecta a la delimitación de los terrenos y su segregación, debe procederse a su previa descripción, acordándola sin más, puesto que en modo alguno se trata de una parcelación urbanística. A tales efectos, téngase en cuenta, sobre todo, que se trata de segregar unos terrenos que se van a agregar a los ya ocupados por la carretera; además, lo dispuesto en los artículos 13.1, párrafo segundo, del TRLS "Con carácter excepcional y por el procedimiento y con las condiciones previstas en la legislación de ordenación territorial y urbanística, podrán legitimarse actos y usos específicos que sean de interés público o social por su contribución a la ordenación y el desarrollo rurales o porque hayan de emplazarse en el medio rural.", 28.1 de la LSOTEX "1. En la aprobación de los proyectos de obras y servicios públicos se entenderá implícita la calificación urbanística del suelo a que afecten, cuando dicha calificación sea precisa conforme a esta Ley." y 188 de la misma norma que regula el "Trámite de consulta sustitutivo de la licencia o autorización", para obras públicas promovidas por la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura y las Diputaciones, que es el supuesto ante el que nos encontramos.

3º. Como queda dicho, los bienes afectados tiene la consideración de comunales, categoría de bienes que el artículo 132.1 de la CE equipara a los bienes de dominio público dotándolos de la característica de la inalienabilidad, peculiaridad recogida asimismo en los artículos 80 de la LBRL y 5 del RBEL. Es la norma constitucional la que remite a la ley para la regulación del régimen jurídico de los bienes comunales y su desafectación, ordenación que, al margen de la general establecida en los artículos 81 de la LBRL y 8 del RBEL, está recogida específicamente para los bienes comunales en los artículos 78 del TRRL y 100 del RBEL, preceptos que exigen para llevar a cabo la desafectación que los bienes "… no hubieren sido objeto de disfrute de esta índole durante más de diez años, …", requisito que no se da en este caso, según la información facilitada por el propio Ayuntamiento.

No obstante, deben tenerse en cuenta las singularidades que concurren en este supuesto concreto, desafectación del carácter comunal de una porción de la finca para llevar a cabo las obras de "Acondicionamiento de la Ctra. EX112", actuación que la Administración Autonómica puede llevar a cabo mediante el régimen de expropiación forzosa, por cuanto el proyecto de obras aprobado, como se ha dicho, "… lleva implícita la declaración de utilidad pública …" El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 3 de octubre de 1994, tiene declarado en su Fundamento de Derecho Cuarto que "…la expropiación forzosa se sobrepone a la utilidad o interés público que para el Ayuntamiento de Barbate y el Común de sus Vecinos tienen los bienes comunales expropiados que formaban parte de las denominadas «Hazas de Suerte». En los supuestos de expropiación forzosa de bienes comunales no es necesario un expediente de desafectación de tales bienes, porque la desafectación está implícita en la expropiación y en la consiguiente afección de los bienes a la utilidad pública que la originó. En el presente supuesto concurre además la específica circunstancia de que el Ayuntamiento de Barbate, cuando se verificó la expropiación, tomó en cuenta la posibilidad de que fuera necesario instruir y resolver un expediente de alteración jurídica de los bienes afectados por la expropiación forzosa derivada del Acuerdo del

Consejo de Ministros de 31 julio 1981, consultando a este efecto a la Dirección General de Administración Local del entonces Ministerio de Administración Territorial. Dicho Centro Directivo respondió en 13 de abril de 1982, como consta en las actuaciones, que, en razón de la especialidad de la materia, no era necesario tramitar el referido expediente, habida cuenta que la calificación jurídica (de los bienes comunales) viene alterada por su destino futuro y resulta «implícita» en actos administrativos dictados en vía expropiatoria, con iguales o mayores solemnidades que las previstas en el artículo 8 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 mayo 1955. En efecto, el apartado 3 del mencionado artículo 8 exceptúa del expediente de desafectación los casos en que la alteración derivare expresa o «implícitamente» de actos administrativos dictados con iguales o mayores solemnidades que las señaladas para el procedimiento de desafectación; como ocurre con el desenvolvimiento de la expropiación forzosa objeto del litigio, en que la declaración de utilidad pública y necesidad de la ocupación de los bienes demuestra la procedencia del cambio de afectación, existiendo asimismo trámite de información pública (al que hace referencia la Orden 19 agosto 1981, que hizo público el Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 julio del mismo año). Equivalente excepción al expediente de desafectación se contiene en el artículo 81.2 apartado a) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, de 2 abril 1985, cuando establece que la alteración de la calificación jurídica de los bienes de las Entidades Locales se produce automáticamente por la aprobación definitiva de los proyectos de obras y servicios. De tales razones ha de concluirse que la expropiación forzosa de los bienes comunales que formaban parte de las «Hazas de Suerte» no exigía expediente de desafectación, pues tal desafectación estaba implícita en la expropiación de los bienes para fines de utilidad pública, …", y en el Fundamento de Derecho Quinto que "No se ha producido infracción del artículo 132.1 de la Constitución, ya que los bienes comunales tienen el carácter de inalienables salvo desafectación, lo que no excluye que estén sujetos a expropiación forzosa por causa de utilidad pública, más aún constituyendo la referida expropiación uno de los supuestos exceptuados de la necesidad de expediente de desafectación, según lo prevenido en el artículo 8.3 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1955, entonces vigente. El artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa (RCL 1954\1848 y NDL 12531) no permite deducir que los bienes comunales no son susceptibles de expropiación, ya que se refiere no sólo a la privación singular de la propiedad privada, sino también de los derechos e intereses patrimoniales legítimos, aludiendo el artículo 89, apartado B) del citado texto legal, como perjuicios indemnizables que puede motivar la expropiación que dé lugar a traslado de poblaciones, al «derecho de disfrute de terrenos comunales por razón de vecindad», con lo que claramente se manifiesta la posibilidad de expropiación de dichos terrenos …"

Bien es claro que el supuesto objeto de este informe no es el mismo del litigio enjuiciado por la Sentencia reproducida, ya que no se pretende la expropiación de los bienes comunales, sino su cesión gratuita, conforme a los artículos 79.2 del TRRL y 109 del RBEL, lo que ocurre es que para poder llevar a cabo la cesión, resulta

imprescindible su desafectación del carácter comunal y su transformación en bienes patrimoniales, lo que podrá ser acordado tomando como base que el proyecto de la obras en cuestión lleva aparejada esa declaración de utilidad pública que exige no ya los artículos 78 del TRRL y 100 del RBEL, sino la doctrina del Tribunal Supremo transcrita anteriormente.

El expediente en cuestión tendrá que tramitarse por el procedimiento previsto en los preceptos antes citados: 1º, Exposición pública previa por plazo de un mes; 2º, acuerdo del Ayuntamiento Pleno, adoptado con el voto de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación; y 3º, aprobación por el órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma.

4º. Practicada la delimitación y segregación de la porción de terreno solicitada para ser agregada a la de la carretera y tramitada la desafectación en la forma indicada, el Ayuntamiento estará en condiciones de proceder a la cesión gratuita de los terrenos. Como se ha señalado, las normas habilitantes son los ya citados artículos 79.2 del TRRL y 109.2 del RBEL. Ambos preceptos permiten la cesión gratuita de los bienes inmuebles patrimoniales a Entidades o instituciones públicas (la Junta de Extremadura lo es), bajo la condición de que sea para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal (lo que tendrá que acreditar el Ayuntamiento en la Memoria que, como se verá a continuación, preceptivamente habrá de redactar).

El procedimiento está regulado en el artículo 110 del RBEL que exige "… acuerdo adoptado con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación, previa instrucción del expediente con arreglo a estos requisitos:

- Justificación documental por la propia entidad o institución solicitante de su carácter público y memoria demostrativa de que los fines que persigue han de redundar de manera evidente y positiva en beneficio de los habitantes del término municipal.
- Certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de que los bienes se hallan debidamente inscritos en concepto de patrimoniales de la entidad local.
- Certificación del Secretario de la Corporación en la que conste que los bienes figuran en el inventario aprobado por la Corporación con la antedicha calificación jurídica.
- Informe del interventor de fondos en el que pruebe no haber deuda pendiente de liquidación con cargo al presupuesto municipal.
- Dictamen suscrito por técnico que asevere que los bienes no se hallan comprendidos en ningún plan de ordenación, reforma o adaptación, no son necesarios para la entidad local ni es previsible que lo sean en los diez años inmediatos.
- Información pública por plazo no inferior a quince días."

Además, el segundo párrafo del artículo 109.2 del RBEL añade un requisito adicional: dar cuenta a la autoridad competente de la Comunidad Autónoma.

En otro orden, el artículo 111, prevé el régimen que en el futuro seguirán los bienes cedidos, permitiendo la resolución de la cesión y reversión de los bienes si no se destinan al uso para el que fueron cedidos en el plazo señalado en el acuerdo de cesión o si posteriormente dejan de estar destinados a ese uso concreto, con derecho a percibir de la entidad beneficiaria de la cesión el valor de los detrimentos sufridos por los bienes cedidos. El apartado 2, sanciona así mismo que "Si en el acuerdo de cesión no se estipula otra cosa, se entenderá que los fines para los cuales se hubieran otorgado deberán cumplirse en el plazo máximo de cinco años, debiendo mantenerse su destino durante los treinta años siguientes."

Pese a la solicitud de cesión se limita a los terrenos, se incluyen en la relación de bienes afectados 5.015 metros lineales de malla y 7 puertas, que forman parte de la finca. Por la información facilitada por el Ayuntamiento ambos elementos se sitúan precisamente en la delimitación de la carretera, por lo que seguramente no comportarán la transmisión de la titularidad, bastando la cesión de uso (reguladas para las Administraciones del Estado y de la Comunidad Autónoma de Extremadura en los artículos 143.3 de la LPAP y 125 y 126 de la LPCAEX, respectivamente), la puesta a disposición o la mera autorización para el traslado de la malla y las puertas a la nueva delimitación, extremos estos que deberían concretarse con la Consejería de Fomento.

5º. En conclusión el Ayuntamiento deberá adoptar tres acuerdos: delimitación y segregación de los terrenos, desafectación del carácter comunal y cesión gratuita a la Junta de Extremadura.

Con el fin de facilitar al Ayuntamiento la tramitación de los correspondientes expedientes, se acompañan al presente informe los siguientes anexos:

1. Propuesta de acuerdo de delimitación y segregación de los terrenos para ser agregados a la superficie ya ocupada por la carretera y de desafectación del carácter comunal de los terrenos y su calificación como bienes patrimoniales.
2. Propuesta de acuerdo de cesión gratuita de los terrenos a la Junta de Extremadura y, en su caso, la cesión de uso, puesta a disposición o autorización del traslado a la nueva delimitación de los 5.015 metros lineales de malla y 7 puertas.
3. Modelo de anuncio de exposición pública del expediente de desafectación.
4. Modelo de anuncio exposición pública del expediente de cesión gratuita a la Junta de Extremadura.

A criterio de este funcionario, no hay inconveniente para que los acuerdos de delimitación y segregación y desafectación se adopten en un solo acto, que incluso podría recoger el tercero de ellos, si bien condicionado a la tramitación plena del expediente de desafectación; no obstante, convendría que esto último se consultara con la Secretaría de Desarrollo Rural de la Consejería de Agricultura y Desarrollo Rural de la Junta de Extremadura, que es el órgano competente para aprobar definitivamente la desafectación de conformidad con el artículo 6.1.f) del Decreto 63/2010, de 12 de marzo.

Badajoz, febrero de 2010.

Cláusula de prohibición de transmitir por actos ínter vivo inmueble enajenado por Ayuntamiento a un tercero mediante subasta

ANTECEDENTES.

En 1994 el Ayuntamiento enajena mediante subasta un inmueble de su propiedad a un tercero mediante el procedimiento de subasta.

En el documento "Pliego de Cláusulas Administrativas" consta la prohibición de transmisión por el adjudicatario mediante actos ínter vivo.

FONDO DEL ASUNTO.-

En la documentación aportada por el Ayuntamiento consta en efecto el denominado "Pliego de Condiciones Jurídicas y económicas-administrativas que han de regir la subasta de la venta de una finca urbana de propiedad municipal sita en X de estas localidad. En la cláusula 9ª de dicho documento se dice: "ADQUIRENTE.-No podrá transmitir so pena de reversión al Patrimonio Municipal, y salvo los derechos de herencia, por actos ínter vivos la vivienda adquirida durante el plazo de __ años a contar de la firma de escritura pública".

El Pliego en cuestión está fechado el día 8 de marzo de 1993 y suscrito por el Alcalde, con sello oficial del Ayuntamiento.

Lo primero que sorprende es que en la citada y transcrita cláusula el número de años durante los cuales el adquirente no puede transmitir por actos ínter vivo esté en blanco, sin determinar.

No obstante lo anterior, se comprueba que en el BOP de 16 de diciembre de 1993 se publicó edicto en el que se da cuenta del acuerdo adoptado por la Junta vecinal para la enajenación del inmueble referenciado; conteniéndose en dicho edicto los datos relativos a la descripción del inmueble, procedimiento de adjudicación, tipo de licitación, forma de pago, derecho de tanteo del arrendatario, garantías exigibles, plazo de presentación de ofertas, fecha de apertura de plicas y modelo de proposición. Es decir, exactamente el mismo contenido que el Pliego, salvo la cuestión referente a la prohibición de transmisión objeto del presente informe.

Recordemos que el artículo 122 del Texto Refundido de Régimen Local, hoy derogado por la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, en su apartado primero establecía:

1. Los pliegos de condiciones, después de aprobados por el Pleno de la Corporación, se expondrán al público durante un plazo de ocho días, anunciándose así en el Boletín

Oficial de la Provincia para que puedan presentarse reclamaciones, las cuales serán resueltas por la misma Corporación. Esta previsión no será de aplicación en el supuesto de que previamente hayan sido aprobados pliegos generales.

En cumplimiento del mencionado precepto el Ayuntamiento expone al público el Pliego que ha de regir la enajenación en cuestión, pues bien, precisamente este hecho y el contenido del trascrito edicto es lo que nos hace considerar que la cláusula 9ª del llamado Pliego ha de ser considerada como inexistente al no haberse reproducido en el dicto publicado en el BOP.

Por otro lado, y aunque diéramos, que no la damos, validez al llamado Pliego, el hecho cierto de no establecerse el plazo durante el cual el adjudicatario no podrá transmitir el inmueble por actos ínter vivos supondría tanto como limitar a perpetuidad un derecho inherente a la propiedad, su transmisión o poder de disposición sobre ella. A tales efector debemos traer a colación lo establecido por el artículo 348 del Código Civil: La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

Esto no significa que los Ayuntamientos no puedan imponer a los adjudicatario la obligación de destino a los bienes que enajenen o incluso a su mantenimiento durante un determinado número de años, o incluso, y a fin de evitar acciones especulativas, establezcan prohibiciones temporales de enajenación. Pero la indeterminación contenida en ese documento de Pliego sería tanto como prohibir su disposición por el que ahora es su legítimo propietario o, en su defecto, no podemos, ante el error de la propia Administración entender que será ésta la que determine en cualquier momento la duración de ese plazo, pues recordemos que el artículo 1256 del Código Civil establece que La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Es más, al carecer el Código Civil de una regulación completa de la figura que estudiamos, puede afirmarse que la legislación hipotecaria constituye en esta materia legislación civil sustantiva (GÓMEZ GALLIGO). Dicen los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria que…

Artículo. 26 L.H.: Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas:

- Las establecidas por la Ley que, sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio.
- Las que deban su origen inmediato a alguna resolución judicial o administrativa serán objeto de anotación preventiva.
- Las impuestas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos a título gratuito, serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez.
- Artículo. 27 L.H.: Las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior, no tendrán acceso al

Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento.

En todo caso parece que el transcurso de aproximadamente dieciocho años desde que se produjo la venta del inmueble parece que elimina cualquier duda sobre la falta de ánimo especulativo del que ahora es su propietario.

Badajoz, febrero de 2011

Arrendamiento de finca rústica. Tácita reconducción. Posibilidad de enajenación

HECHOS. ANTECEDENTES

La Entidad Local Menor de XXX es propietaria de una fina rústica que tiene alquilada en tres parcelas a tres particulares, que a su vez son colindantes con la referida finca.

Dos de los contratos de arrendamiento vencieron con fecha XX 2010, sin que el Ayuntamiento haya notificado o requerido la finalización del contrato y la entrega de la parcela.

Dos de estos arrendatarios han plantado nuevos frutales en las respectivas parcelas sin que tal actuación se prohibiera expresamente en el contrato y sin que éstos lo hubiesen puesto en conocimiento del Ayuntamiento.

Se plantean por parte de la Entidad Local las siguientes cuestiones:

- Si ha operado la tácita reconducción en los dos contratos cuya vigencia quedó vencida.
- Posibilidad de enajenación de la finca completa.

FONDO DEL ASUNTO.

Como establece el artículo 6 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales -RBEL- "son bienes patrimoniales o de propios los que siendo propiedad de la entidad local no estén destinados a uso público ni afectados a algún servicio público y puedan constituir fuentes de ingresos para el erario de la entidad. Los bienes patrimoniales se rigen por su legislación específica y, en su defecto, por las normas de derecho privado."

Por su parte, el artículo 106.1 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas -LPAP-, que tiene carácter básico, señala que "la explotación de los bienes o derechos patrimoniales podrá efectuarse a través de cualquier negocio jurídico, típico o atípico."

Entre los negocios jurídicos típicos de explotación de los bienes patrimoniales se encuentra el contrato de arrendamiento, mencionado expresamente en el artículo 92 RBEL como forma de cesión de uso de bienes patrimoniales de las Entidades locales.

Asimismo, la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP), norma vigente a la fecha de formalización de los contratos de arrendamiento, establece en el artículo 4.1.p) que están excluidos de su ámbito de esta Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales, a no ser que recaigan

sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial.

Por otro lado, el artículo 20.2 de la propia LCSP determina que "Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado."

Como señala la Sentencia de AP Zaragoza de 10 de octubre de 2011 , "si bien la formación y adjudicación del mismo se rigen por la normativa administrativa, sus efectos y la terminación del mismo lo hacen por las reglas civiles, de tal manera que la remisión del contrato a una continuación de sus efectos a través de una tácita reconducción, con extinción del contrato inicial y nacimiento de uno nuevo con las mismas condiciones salvo la duración, es un propio efecto civil previsto en la regulación del mismo y que, por ello, no se opone o es contrario a la referida naturaleza bifronte del contrato".

La legislación de derecho privado aplicable a la cuestión es el Código Civil -CC-, por cuanto la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos -LAR- establece en su artículo 6 que quedan exceptuados de esta Ley los arrendamientos de bienes propios (patrimoniales) de las entidades locales.

Así, por aplicación del artículo 1255 CC, habrá que estar a lo pactado en el contrato de arrendamiento, pacto que puede excluir la tácita reconducción. Sin embargo, observados los contratos celebrado por la Entidad Local Menor consultante, tal exclusión d ella tácita reconducción no se contiene en los mismos.

La tácita reconducción supone una renovación del contrato en las mismas condiciones que el arrendamiento que se renueva salvo en su duración.

Conforme al artículo 1565 CC, si el arrendamiento se ha hecho por tiempo determinado, concluye el día prefijado sin necesidad de requerimiento. No obstante, de acuerdo con el artículo 1566 procede la tácita reconducción para dos de los contratos de arrendamiento celebrados, ya que, al terminar el contrato el día 26 de noviembre de 2010, parece que ha permanecido el arrendatario disfrutando durante todo este tiempo de la cosa arrendada en las mismas condiciones en que lo venía haciendo con aquiescencia del Ayuntamiento arrendador al no oponerse a la continuación del arrendatario en el disfrute del bien arrendado, por lo que se entiende que, a menos que haya precedido requerimiento, hay tácita reconducción por el tiempo que establece el artículo 1577:

"El arrendamiento de un predio rústico, cuando no se fija su duración, se entiende hecho por todo el tiempo necesario para la recolección de los frutos que toda la finca arrendada diere en un año o pueda dar por una vez, aunque pasen dos o más años para obtenerlos."

En este sentido, la Sentencia del TS de 20 de septiembre de 1991 señala que la tácita reconducción precisa para su operatividad jurídica que se dé un arriendo concertado por un tiempo determinado y la permanencia en el disfrute por el arrendatario durante quince días una vez finalizado aquél, siempre que concurra la aquiescencia del arrendador, añadiendo la citada Resolución que su eficacia descansa en que no haya precedido manifestación a cargo de cualquiera de las partes expresiva de su voluntad de dar por acabada la relación.

La Jurisprudencia del TS tiene señalado que jamás debe entenderse realizada la tácita reconducción por tiempo indefinido o indeterminado (Sentencias de 14 de junio de 1984; y de 9 de abril de 1985.

Por otra parte, en cuanto a la plantación por el arrendatario de nuevos árboles frutales en la finca rústica en la que existen precisamente plantaciones de árboles frutales sin que se recoja tal posibilidad en el contrato, habrá que considerar si tal posibilidad estaba expresamente prohibida en el contrato. Si hubiera estado prohibida, el artículo 1556 CC posibilita que el Ayuntamiento arrendador pueda pedir la rescisión del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, o sólo esto último, dejando el contrato subsistente. Si no estuviese prohibido en el contrato plantar nuevos árboles frutales, como es el caso, entendemos que es lícita la plantación realizada por el arrendatario ya que el arrendatario se obliga a usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado; y, en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra; no contrariando la plantación de nuevos árboles esta obligación de uso conforme a la naturaleza de la cosa arrendada, establecida en el artículo 1555 CC.

En cuanto a la posibilidad de enajenación por el Ayuntamiento de estos bienes patrimoniales aunque estén arrendados, entendemos que es factible. Todo ello sin perjuicio de que si el comprador pone fin al arrendamiento estando éste vigente, debe el vendedor, salvo pacto en otro sentido, indemnizar al arrendatario los daños y perjuicios que se le causen, tal y como establece el artículo 1571 CC:

"El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

Si el comprador usare de este derecho, el arrendatario podrá exigir que se le deje recoger los frutos de la cosecha que corresponda al año agrícola corriente y que el vendedor le indemnice los daños y perjuicios que se le causen."

Conviene por último tener en cuenta, lo dispuesto en los artículos 1522 y 1523 del Código Civil, a propósito de los retractos de comuneros y colindantes, a los efectos de su posible invocación por alguno de los titulares de los mismos.

Este es el informe de la Oficialía Mayor-Departamento de Asesoramiento y Asistencia Jurídica a las EE.LL- en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para la Entidad Local Menor XXX, que en uso de sus

competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.

Badajoz, diciembre de 2011

Cesión de terrenos al Ayuntamiento correspondientes al aprovechamiento urbanístico, por la aprobación de un Proyecto de Interés Regional.

ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha XXX de 2011, tiene entrada en este Servicio escrito del Ayuntamiento de XXX, en relación con "... la necesidad de concretar el volumen de la cesión de terrenos a este Ayuntamiento correspondientes al aprovechamiento urbanístico, por la aprobación de un PROYECTO DE INTERÉS REGIONAL, así como los índices de referencia para su concreción, habiéndosele planteado que ese tema no es de competencia municipal, sino autonómica, si bien este Ayuntamiento entiende que, aun cuando está claro que la aprobación de los PROYECTOS DE INTERÉS REGIONAL es de la competencia del órgano Autonómico correspondiente, la cesión de terrenos correspondientes al aprovechamiento urbanístico ha de realizarse y aprobarse por el Ayuntamiento, por lo que los índices a tener en cuenta y la concreción de los terrenos y su volumen han de ser informados y aprobados por la Administración Municipal, ..." y mediante el que se solicita informe "... respecto al titular de la competencia relativa a la aprobación de los índices a tener en cuenta y la concreción de los terrenos correspondientes al aprovechamiento urbanístico y su volumen."

FONDO DEL ASUNTO.

1º. En el contexto de la autonomía institucional que el artículo 140 de la CE garantiza a los Municipios, les atribuye en el artículo 4.1.c) de la LBRL la potestad de planificación y en el ejercicio de esta potestad les corresponden las competencias enumeradas en el artículo 25.2.d) relativas a "Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas; parques y jardines, pavimentación de vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales." Fruto de ello son las facultades que tanto el TRLS como la LSOTEX y demás normas del ordenamiento urbanístico reconocen a los Ayuntamientos. El título general de atribución competencial de la Ley autonómica está recogido en su artículo 2, apartado 1, que dispone que "La actividad de ordenación territorial y urbanística es una función pública de organización, dirección y control de la ocupación y utilización del suelo, así

como de su transformación mediante la urbanización y la edificación, que corresponde, en sus respectivas esferas de competencia, a la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura y los Municipios de la misma y se rige por los principios establecidos en los artículos 45, 46 y 47 de la Constitución.", en tanto que el apartado 2 relaciona el elenco de potestades que incorpora el ejercicio de esa actividad de ordenación territorial y urbanística que, bajo la fórmula "por la Administración pública competente", no se atribuyen de manera expresa a favor de la Comunidad Autónoma o del Municipio, que dispondrían en principio de todas esas potestades para llevar a cabo la actividad que en cada caso les corresponda.

De manera muy resumida, puede afirmarse que corresponde a la Comunidad Autónoma la ordenación territorial, en tanto que la ordenación urbanística se atribuye al Municipio, si bien la Comunidad Autónoma ejerce una cierta tutela que limita las competencias municipales, especialmente en cuanto a la aprobación definitiva de determinados instrumentos y cuando afecte a determinaciones de ordenación estructural, concretado artículo 24.2 del RPEX, "... referidas a los elementos y aspectos definitorios del modelo territorial establecido por el planeamiento municipal.", y se reserva al Municipio el ámbito propio de la ordenación detallada, concretado así mismo en el apartado 3 del precepto citado, "... las que, desarrollando y, en su caso, complementando las de ordenación estructural, completan las previsiones de la ordenación urbanística."

2º. Es en el ámbito de la ordenación territorial (siempre competencia autonómica) donde el artículo 47 de la LSOTEX sitúa a los Proyectos de Interés Regional que son instrumentos "... que ordenan y diseñan, con carácter básico y para su inmediata ejecución, las obras a que se refieran, pudiendo comprender terrenos situados en uno o varios términos municipales y desarrollarse en cualquier clase de suelo, tengan o no planeamiento de desarrollo de los mismos." (Artículo 60.1 de la LSOTEX), en términos similares se expresa el artículo 19.1 del RPEX, si bien realiza un matiz de gran importancia al limitar su desarrollo en cualquier clase de suelo a "... que no exista incompatibilidad con la protección que, en su caso, le otorgue la legislación sectorial."

Entre las notas características del PIR destacan:

- Ser un instrumento de ordenación territorial.
- Tener eficacia normativa directa, si bien está subordinada a la ley, a sus reglamentos y al planeamiento territorial de rango superior.
- Poder modificar el planeamiento municipal en virtud del interés general, sea supralocal o prevalente, al que se refiere, pudiendo incluso modificar la ordenación y clasificar el suelo.
- Como su propio nombre indica, ser un proyecto, en el que se integran los correspondientes documentos técnicos de gestión y los proyectos de obra.
- Legitimar tanto la actuación como su inmediata su ejecución.

Consecuencia lógica del carácter de instrumento de ordenación territorial es que la competencia para su aprobación esté atribuida a la Administración Autonómica, tal y como señala el artículo 62.3 de la LSOTEX, que prevé un procedimiento desarrollado

en dos fases, aprobación inicial y aprobación definitiva, atribuidas a la Consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanística y al Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura a propuesta del Consejero titular de la misma y previo informe de la Comisión de Urbanismo y Ordenación Territorial de Extremadura, respectivamente. Las mismas fases del procedimiento están determinadas en los artículos 114.4 y 115.4 del RPEX, que además lo regula más procelosamente en aspectos sobre los que más adelante volveremos.

Siendo, como se ha visto, una competencia exclusiva de la Administración Autonómica, este particular instrumento de ordenación territorial, que puede decidir sobre aspectos relevantes del planeamiento municipal, ha estado plagado de litigiosidad, habiendo diversos y variados pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura sobre la materia. Interesan aquí las Sentencias de 21 de mayo de 2008, de 20 de enero de 2009 y, especialmente, de 21 de julio de 2009, cuyo Fundamento de Derecho Tercero analiza la doctrina que, en torno a la incidencia y eficacia de los PIR, contiene las dos primeras, con sentencias que resuelven la cuestión en sentido distinto.

Los Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto, recoge la siguiente doctrina, cuyos aspectos más relevantes se subrayan:

"TERCERO.

… Por ello considerábamos que cuando la Administración Autonómica, amparándose en la mera declaración de interés social que comporta la aprobación de un Plan o Programa de Vivienda -que también la lleva implícita la aprobación de un Plan de Urbanismo de cualquier categoría-, es asumir las competencias planificadoras que el Legislador Autonómico -también el de la Legislación básica estatal, como pone de manifiesto el artículo 25-1º-d) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local - ha reservado a los Municipios, como claramente pone de manifiesto el artículo 78 de la antes citada Ley Autonómica del Suelo; de manera específica cuando determina en su párrafo cuarto que "las decisiones de la Administración autonómica sobre la aprobación definitiva nunca cuestionarán la interpretación del interés público municipal efectuada por el Municipio."

CUARTO.

Como conclusión de lo expuesto anteriormente, ha de señalarse que la posibilidad de planificación urbanística que comportan los Proyectos de Interés Regional, cuando tienen la finalidad específica de atender a las necesidades de vivienda, han de apreciarse en función de la incidencia que tengan sobre el planeamiento urbanístico vigente … Y para esas funciones, ha dotado el Legislador al Planificador de unas potestades discrecionales orientadas a adoptar siempre la mejor solución, dentro de las válidamente admisibles, a esos concretos fines públicos; potestades de las que ha de dar cuenta mediante la motivación sobre la adopción de la decisión elegida, siendo de recordar la reiterada doctrina jurisprudencia que impone la necesidad de esa motivación, como medio último para poder controlar el ejercicio de esa potestad discrecional. Si ello es así en el caso del planeamiento

urbanístico, incluso para sus modificaciones o revisiones, es indudable que no puede quedar al margen de esas exigencias los Proyectos de Interés Regional que, en definitiva, vienen a incidir sobre dicha planificación con posibilidad incluso de alterarla, ejerciendo, ciertamente, unas potestades discrecionales que el Legislador confiere a la Administración Autonómica, … Incluso cabe pensar que en el caso de los Proyecto de Interés Regional, la necesidad de esa motivación se acentúa porque precisamente se ejercen las potestades planificadoras por quien no es el órgano naturalmente competente a ejercerlas y sólo puede atender a la finalidad concreta que motiva el Proyecto de Interés Regional , en este caso, la construcción de tales viviendas. Y de ello deja constancia el mismo Legislador que impone la necesidad de justificar el objeto y, además de ello, "fundamentar" dicho objeto y su utilidad pública o interés social, de acuerdo con lo que se dispone en el artículo 61.1 de la Ley de 2.001. Es decir, así como la aprobación de un plan urbanístico, de cualquier naturaleza, comporta implícitamente esas declaraciones (artículo 79.1º), en el caso de los Proyectos de Interés Regional impone el Legislador motivaciones específicas. Pero esas motivaciones han de ser más intensas cuando lo pretendido por el Proyecto de Interés Regional afecta a las determinaciones de los Planes ya vigentes, … siempre en el bien entendido de que la finalidad de los Proyecto de Interés Regional no es la planificación en si misma considerada, sino en cuanto sea exclusivamente necesaria para alcanzar su objeto. Y aun cabría añadir en refuerzo de esa peculiaridades que exigen la aprobación de estos Proyectos, en su vinculación con el planeamiento vigente, que el mismo Legislador da a entender que la eficacia de los Proyectos de Interés Regional ha de quedar reducida, no ya por esa concreta finalidad expresamente justificada y motivada, sino también a la "localización de las obras a realizar, (y) delimitación de su ámbito y descripción de los terrenos en él comprendidos", como impone el artículo 61.1º.c) de la Ley , lo que a juicio de la Sala lleva a considerar que estos Proyectos han de limitar su eficacia a los terrenos expresamente declarados necesarios para la finalidad que los justifica y sólo a ello deberá, en principio, afectar sus determinaciones, salvo que el cumplimiento de esa finalidad obligase de manera ineludible a realizar determinaciones que excedan de ese ámbito.

De la doctrina transcrita, se extraen las siguientes conclusiones:

1. Los Municipios ostentan competencias en materia de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas.
2. Las decisiones de la Administración autonómica sobre la aprobación definitiva nunca cuestionarán la interpretación del interés público municipal efectuada por el Municipio.
3. El ejercicio de potestades discrecionales requiere motivación, especialmente cuando se ejercen potestades planificadoras por quien no es el órgano naturalmente competente a ejercerla, que aun serán más intensas cuando lo pretendido por el PIR afecta a las determinaciones de los Planes ya vigentes.
4. La finalidad de los PIR no es la planificación en si misma considerada, sino en cuanto sea exclusivamente necesaria para alcanzar su objeto, por lo que deben limitar

su eficacia a los terrenos expresamente declarados necesarios para la finalidad que los justifica.

Esos serán los aspectos generales que principalmente debe analizar el Ayuntamiento con respecto al Proyecto de Interés Regional que afectará a su término municipal y, en base a ello, adoptar las decisiones que correspondan.

3º. En relación con el aspecto concreto de la participación de la comunidad en las plusvalías que, con fundamento en el artículo 47 de la CE, está regulado en los artículos 16.1.b) del TRLS y 14.1.2.e) de la LSOTEX, debe señalarse que el primero de los preceptos alude a la "Administración competente" como eventual perceptora de la entrega, en tanto que el precepto autonómico remite a la "Administración actuante", como titular de dicha cesión obligatoria y gratuita, lo que reduce la cuestión a la Administración que actúa en la tramitación del proyecto que, como se ha dicho, es la Junta de Extremadura, en virtud de lo establecido en los artículos 62.3 de la LSOTEX y 114.4 y 114.5 del RPEX.

Sobre la determinación de dicho aprovechamiento, el artículo 31.2.b) de la LSOTEX lo fija con carácter general en el 10 por 100 del aprovechamiento del sector, si bien "... en aquellos sectores cuyo aprovechamiento sea superior o inferior a la media aritmética de los aprovechamientos medios correspondientes a la totalidad de las áreas de reparto en que el planeamiento hubiera desagregado el suelo urbanizable, el planeamiento podrá incrementar o disminuir la entrega de suelo urbanizable con aprovechamiento lucrativo, según proceda, en proporción a la diferencia existente y hasta un máximo de un 15% y un mínimo de un 5%." De ello, se concluye que es el Municipio, por la determinación que al respecto contenga el PGOU, la Administración que ya lo habrá determinado (sin perjuicio de que, conforme a los artículos 76.2.2 de la LSOTEX y 123 del RPEX, la aprobación definitiva corresponde a la Comunidad Autónoma), si bien no debe olvidarse que el PIR puede modificarlo y una eventual modificación podría afectar al porcentaje que ya tenga establecido el planeamiento. Por tanto, el Ayuntamiento deberá moverse dentro de las determinaciones que ya contenga el PGOU respecto del porcentaje de participación de la comunidad en las plusvalías.

Por lo que respecta a su concreción, téngase en cuenta la modificación introducida por la Ley 9/2010, de 18 de octubre, en el apartado 2 del artículo 61, que ha pasado a tener la siguiente redacción: "2. Los Proyectos de Interés Regional comprenderán los instrumentos técnicos de ordenación y de gestión necesarios para formalizar con claridad y precisión las determinaciones a que se refiere el apartado anterior, en función de su aplicación a la clase de suelo y al destino final previsto para la actuación.", frente a la redacción anterior que aludía a "… los documentos necesarios, incluidos planos, …" La intención de la reforma es clara: establecer un nuevo régimen con la intención de que la totalidad del procedimiento se residencie en la instancia autonómica. Como consecuencia de ello , entre los documentos técnicos de gestión necesarios se incluye el proyecto de parcelación que, a partir de la reforma de la Ley, ya es aprobado por la Administración Autonómica, lo que la convierte a tales efectos en administración actuante y beneficiaria de la cesión (entrega) de la participación de

la comunidad en las plusvalías generadas por el Proyecto de Interés Regional, además de tener la capacidad de concretar, determinar y ubicar los correspondientes aprovechamientos urbanísticos. Obtenidos los aprovechamientos por la Administración Autonómica, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 89.b) de la LSOTEX, se integrarán en su Patrimonio Público del Suelo, sin que, en virtud de la previsión contenida en el artículo 93.b) de la norma citada, haya inconveniente par la cesión a los Municipios afectados a condición de que se destinen a los fines recogidos en el mismo ("93. Los bienes de los patrimonios públicos de suelo podrán ser: … b) Cedidos gratuitamente o por precio fijado para el fomento de viviendas u otros usos de interés social sujetos a cualquier régimen de protección pública, directamente o mediante convenio suscrito a tal fin, a cualquiera de las otras Administraciones Públicas territoriales o a entidades o empresas públicas de éstas, para la construcción de viviendas u otros usos de interés social sujetos a algún régimen de protección pública o el establecimiento de usos declarados de interés público, bien por disposición normativa previa o de los planes de ordenación urbanística, bien por decisión de la Junta de Extremadura o del Ayuntamiento Pleno. Cuando se trate de terrenos que no tengan aun la condición de solar, la cesión se hará con la condición de la previa o simultánea urbanización, incluido el cumplimiento de los deberes de cesión y equidistribución que correspondan. La cesión fijará plazos máximos para la ejecución de las obras de urbanización, en su caso, y de edificación.")

Sobre los estándares urbanísticos, debe tenerse en cuenta que son de configuración legal, por lo que siempre y en todo caso debe respetarse lo regulado al respecto en los artículos 74 de la LSOTEX y 27 a 30 del RPEX.

4º. Con todo, no deben olvidarse las facultades que, en relación con los Proyectos de Interés Regional, la ley y el reglamento, reservan a favor de los Municipios:

Pueden elaborarlos y promoverlos (artículo 62.1.a) de la LSOTEX y 113.1.a) del RPEX).

Cuentan con un trámite de audiencia previa a la declaración de interés regional por la Comunidad Autónoma, preceptiva para los PIR promovidos por personas o entidades particulares (artículos 62.2, párrafo segundo, de la LSOTEX y 114.2 del RPEX).

Cuentan con un segundo trámite de audiencia tras la aprobación inicial de cualquier clase de PIR (artículos 62.3.a) de la LSOTEX y 115.2 del RPEX).

Vista de las eventuales alegaciones presentadas por el Municipio en la aprobación definitiva de cualquier clase de PIR (artículos 62.3.b) de la LSOTEX y 115.3 del RPEX).

Esas importantes facultades, fundamentalmente ser oído y tomar parte en el procedimiento, dan al Municipio a través de su Ayuntamiento la oportunidad de analizar todos los aspectos del PIR que tengan incidencia sobre su término municipal y sobre su Plan General de Ordenación, tomar conocimiento de las previsiones que contiene el mismo en relación con la participación de la comunidad en los aprovechamientos urbanísticos y en relación con el cumplimiento de las previsiones legales en materia de estándares urbanísticos.

Badajoz, abril de 2011.

PAGOS A LA SGAE

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha XX.01.2011 y entrada en esta Institución Provincial el día 19 del mismo mes del año en curso , se da traslado de acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de meritado Ayuntamiento, de fecha XX.12.2011, por el que se interesa informe sobre el asunto epigrafiado, con el tenor siguiente:

"Atendiendo al escrito presentado por D. XXX, Delegado Territorial de Madrid actuando en nombre y representación de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES, con RE 7588 de fecha 19 de noviembre de 2010, por el que interpone RECLAMACIÓN PREVIA a la jurisdicción civil solicitando a este Ayuntamiento se proceda al pago de la cantidad de 13.047,83 euros que se adeuda por los derechos de autor devengados con motivos de Fiestas Patronales, radio local, conciertos y eventos dramáticos organizados por el Ayuntamiento, por el periodo comprendido entre 2007 y 2010.

Así mismo solicita le sea remitida certificación a cerca de los siguientes extremos:

- Si en los presupuestos correspondientes a los años 2007 y 2010 se incorporaron los créditos necesarios para el pago de las cantidades adeudadas a la SGAE y la cuantía de los mismos.
- En el caso de que nos se hubieran incorporado los referidos créditos, se emita certificación de los nombres, apellidos y DNI de los miembros del órgano competente de la Corporación que votaron a favor de los presupuestos de cada uno de los años.
- Informes evacuados por la Intervención del Ayuntamiento y si lo hizo, en su caso, los correspondientes reparos en cada uno de los ejercicios.
- En caso de que los créditos se hubieran incorporado a los Presupuestos, el responsable o responsables de la ejecución de los Presupuestos y, nombre, apellidos, DNI y cargo que ostentan en el ejercicio 2007.
-

Igualmente, en este último supuesto, se solicita una certificación de la liquidación de los Presupuestos de cada año con, en su caso, el informe evacuado por Intervención. "

FONDO DEL ASUNTO

1.- Concepto y Naturaleza de la SGAE.

La SGAE desarrolla su actividad en el territorio español y extiende su actuación al extranjero. Por consiguiente, es una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, reguladas en el Título IV del Libro III del Real Decreto Legislativo

1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y puede definirse como una organización privada de base asociativa y naturaleza no lucrativa que se dedica en nombre propio o ajeno a la gestión de derechos de propiedad intelectual de carácter patrimonial por cuenta de sus legítimos titulares. Está sometida a tutela administrativa, requiriendo la autorización del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

Entendemos que como tal Asociación, su naturaleza descansa sobre una base evidentemente de voluntariedad de pertenencia y, por consiguiente, no todo autor estará asociado y no necesariamente se tienen que gestionar sus derechos de autor a través de la SGAE; podría hacerse, como muy bien se indica en la cuestión que se plantea, a través de otra asociación reconocida o incluso sin ninguna asociación, a título individual.

2.- Funciones de la SGAE.

La propia SGAE declara que emite licencias a los usuarios de las obras dramáticas, audiovisuales y musicales, recauda los derechos generados por su explotación comercial y los reparte entre los autores y los editores musicales, descontando exclusivamente los costes derivados de esta gestión. Los autores declaran sus creaciones en la Sociedad, y éstas pasan a formar parte del repertorio protegido y gestionado por la SGAE. Cada vez que una de estas obras se interpreta, graba, representa, emite o proyecta, el autor percibe los derechos que le corresponden.

3.- Cobertura Legal de la SGAE

El reconocimiento legal de las entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual, entre las que está la SGAE, está en los artículos 147 a 158 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en el primero de dichos artículos se establece que «Las entidades legalmente constituidas que pretendan dedicarse, en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual, deberán obtener la oportuna autorización del Ministerio de Cultura, que habrá de publicarse en el Boletín Oficial del Estado.

Estas entidades no podrán tener ánimo de lucro y, en virtud de la autorización, podrán ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión y tendrán los derechos y obligaciones que en este Título se establecen».

4.- Legitimación de la SGAE

El Título IV (incluido en el Libro III del Real Decreto, bajo la denominación de «De la protección de los derechos reconocidos en esta Ley», regula en el Título IV del mismo las entidades de gestión de los derechos reconocidos en la ley. En el artículo 150 se establece, con respecto a la legitimación, que:

«Estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o Judiciales. Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportan al inicio del proceso copia de sus

estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado sólo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente».

En virtud del contrato de gestión según el artículo 153 la gestión de los derechos será encomendada por sus titulares a la entidad cuya duración no podrá ser superior a cinco años, indefinidamente renovables, ni dicha entidad podrá imponer como obligatoria la gestión de todas las modalidades de explotación ni la de la totalidad de la obra o producción futura.

De lo expuesto se deduce que una vez obtenida la autorización del Ministerio de Cultura, las entidades de gestión están legitimadas para gestionar los derechos de las personas titulares de los derechos de propiedad intelectual que en virtud de un contrato de gestión se los hayan encomendado. Hay que hacer constar por tanto, que en la actualidad no solo está legitimada la SGAE, sino que existen otras entidades que están legitimadas para la gestión de dichos derechos, siempre que haya sido encomendada por el titular de los mismos.

El artículo 157 a) y b) establece que las entidades de gestión están obligadas a contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración y a establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa». Por lo tanto se prevé en la ley el establecimiento de tarifas que establezcan la cantidad a recibir por la utilización del repertorio gestionado por la SGAE, sin que el hecho de que el espectáculo sea gratuito suponga una exclusión en el pago de las tarifas, todo lo más se establecen reducciones para las entidades culturales sin finalidad lucrativa.

5.- Jurisprudencia

En relación con el caso expuesto presenta especial interés la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 12 de Febrero de 2001 que declara que no afecta a la percepción de los derechos de autor el carácter gratuito del espectáculo celebrado por un ayuntamiento, y por lo tanto legitima la reclamación de la SGAE contra el mismo.

Sin embargo, no obstante ello, y a pesar de que como hemos señalado antes el artículo 157 no excluye a los espectáculos gratuitos de las tarifas generales, si que existe en la actualidad una corriente jurisprudencial que en base a que dicho artículo habla del establecimiento de condiciones razonables en la concesión de autorizaciones considera que las tarifas se deben adaptar al caso concreto cuando su importe sea excesivo. A este respecto resulta interesante la Sentencia de 17 de Julio de 2007 de la Audiencia Provincial de Tarragona que señala que «Sobre tal cuestión el criterio Jurisprudencial de las Audiencias es discrepante: las sentencias que no admiten moderación consideran que las tarifas de la Sociedad General de Autores y Editores tienen carácter fijo y general, están aprobadas oficialmente y así sometidas a

un control, sin que ninguna norma permita su moderación, siguiendo la tesis expuesta por la apelante; sin embargo otras sentencias propugnan su adaptación al caso concreto cuando las tarifas generales presentan inadecuado y excesivo su importe, (así la sentencia de la A.P Pontevedra S. 3ª 14 febrero 2002)». Sería deseable que el Tribunal Supremo se pronunciara en el futuro sobre esta cuestión.

En la actualidad la corriente jurisprudencial según lo dicho antes es admitir las reclamaciones de la SGAE aún en los casos de espectáculos gratuitos. Las tarifas que establece la SGAE con respecto a los espectáculos gratuitos se refieren a un porcentaje relativo al presupuesto de los gastos necesarios para la celebración del mismo. Dicho porcentaje será del 10% del mencionado presupuesto para la celebración de espectáculos y conciertos, y un 7% para la celebración de bailes, y se establece que deberá presentarse a tal fin a la SGAE certificación acreditativa al presupuesto de gastos. ¿Cómo debería actuar entonces el Ayuntamiento?. Pensamos que es mejor aportar dicho presupuesto, porque en caso de no aportarlo, y ante una hipotética reclamación de la SGAE ante el Juzgado de la Mercantil, dicho tribunal podría a falta de prueba en contrario, dar por buenas las estimaciones hechas por la SGAE, lo que podría ser aún peor. Lo que si podría hacer el Ayuntamiento es acudir a dicho Juzgado si estimara que la reclamación de la SGAE es excesiva, de acuerdo con la corriente jurisprudencial a la que nos hemos referido antes.

La normativa reguladora de los derechos que la Sociedad General de Autores tiene derecho a percibir es ciertamente farragosa y compleja y probablemente injusta. La citada normativa que regula la propiedad intelectual es la recogida en el Real Decreto 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Boletín Oficial del Estado 22.04.1996). La SGAE es una asociación de carácter civil, autorizada como entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual, mediante la Orden del Ministerio de Cultura, de 1 de junio de 1988.

6.- De la reclamación de derechos de autor por la SGAE

6.1. Acreditación de la pertenencia a la SGAE

La cuestión que se planeta se contrae a determinar si el Ayuntamiento tendría derecho a saber si un determinado autor pertenece a la SGAE o no y qué medios o recursos se tendrían para ello. Pero en definitiva hay que saber también si la pertenencia a la SGAE es obligatoria o no, ya que si así lo fuera no tendría objeto desear obtener esa información, se daría por hecho. Como hemos señalado, entendemos que la SGAE es una Asociación a la que se pertenece voluntariamente. Está inscrita con el número 82089 en el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior, con fecha 05 de octubre de 1988 bajo el epígrafe «Profesionales del Artículo y de la Literatura».

En sus Estatutos, autorizados el 1 de junio de 2008 (Boletín Oficial del Estado del 4) se señala que (artículo 2):

«La Sociedad fue autorizada para actuar como entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual, en virtud de Orden del Ministerio de Cultura de 1, de junio de 1988. El artículo 147 del Real Decreto 1/1996 indica, cuando se refiere a las entidades

Legalmente constituidas que pretendan dedicarse, en nombre propio o ajeno; a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual, que además de que deberán obtener la oportuna autorización del Ministerio de Cultura, no podrán tener ánimo de lucro y, en virtud de la autorización; podrán ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión y tendrán los derechos y obligaciones que en este Título se establecen.

El Consejo de Estado, a propósito del Dictamen emitido (19/2/1996) con motivo del Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual indicó que: «En efecto, el artículo 135 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, origen del citado artículo 144 del proyecto, reconoce a las Entidades de Gestión legitimación para actuar en nombre de sus asociados. Lo que, en modo alguno, establece dicho precepto Legal es una presunción de la condición de asociado a la Entidad de Gestión de que se trate. Son, por tanto, dos aspectos cualitativamente distintos, sin que, como se dice, del artículo 135 citado quepa deducir la referida presunción; conclusión esta que, por lo demás, queda corroborada por su propia aplicación práctica, por la interpretación que vienen realizando los Tribunales (tal y como se refleja en la memoria justificativa) y por la propia actuación seguida por la Administración en este aspecto.

.../...

Se insiste en que una cosa es reconocer a las Entidades de Gestión Legitimación para defender a sus asociados y otra bien distinta presumir dicha condición misma de asociados a una Entidad de Gestión, aspecto este último que no se deduce del artículo 135 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987; como lo confirma el hecho mismo de que los Tribunales -como se reconoce en la memoria justificativa- vengan exigiendo a las Entidades de Gestión que acrediten el vínculo Jurídico que les une con las personas que dicen representar».

Entendemos que la pertenencia a la SGAE no es obligatoria para todo autor. La propia Sociedad, en su web exige que se solicite el alta en la misma, exigiendo el currículum y la firma del contrato de gestión. También informa que dispone de más de 66000 asociados. Lo que resulta extraño es que no se muestra, al menos nosotros no la hemos encontrado, una base de datos de los autores asociados a la SGAE, cuando técnicamente no sería nada complicado en la actual sociedad informatizada. La A.P. Alicante en Procedimiento Juicio Ordinario 172/05, Sentencia de 21 de marzo de 2007, afirmó que:

«En cualquier caso, la afirmación sobre la obligatoriedad para el autor de la pertenencia a una entidad gestora para la efectividad de sus derechos, no deja de ser una afirmación carente de realidad Jurídica visto el tenor del artículo 17 LPI. De hecho, vienen señalando la Jurisprudencia que el autor tiene derecho de gestión individual lo que explica que la vinculación del autor con la entidad se efectúe a través de un contrato de gestión -artículo 153 LPI -; dependiente de la voluntad del autor, que carecería de sentido si la gestión colectiva deviniera por Ley obligatoria.

Así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1999 (números 880/1999 y 881/1999) reconocen que cualquier autor puede hacer valer directamente sus derechos, salvo en determinados supuestos previstos en la Ley; en concreto, respecto de los derechos de necesaria gestión colectiva, ajenos a esta resolución como por ejemplo ocurre en los supuestos de compensación equitativa por copia privada del artículo 25-8 LPI.

No puede, por tanto, hablarse que la defensa de los derechos de propiedad intelectual los asume con exclusividad la Sociedad General de Autores de España, no sólo porque cabe gestión individual; sino, además, porque están autorizadas ya otras entidades de gestión que defienden intereses distintos de los singulares y específicos de los autores, configurándose como entidades de gestión colectiva que garantizan sus propios intereses con independencia y compatibilidad como la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y de articulistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE). En conclusión, ni obligatoriedad ni monopolio.

Por otra parte, la Federación Española de Municipios y Provincias firmó un Convenio con la SGAE, con fecha 29 de abril de 1996, que tenía por objeto establecer programas coordinados de actuación que optimicen la utilización de los recursos de que disponen. Dicho Convenio es aplicable a aquellos Ayuntamientos que se hayan adherido al mismo pero puede servir de orientación a aquellos que no lo estén. Hay que tener en cuenta que si se paga por derechos de autor se debe abonar el 10 % de los ingresos de taquilla por cada concierto, recital o espectáculo que se celebre. En los bailes esporádicos celebrados con motivo de ferias y fiestas patronales, por derechos de autor, el 7% de los ingresos obtenidos en taquilla por cada baile que se celebre.

Si no pudiera contraseñarse el billetaje ni se pudiera obtener la hoja de taquilla por causas ajenas al Ayuntamiento, la citada tarifa del 7% se aplicará sobre el 75% del aforo, tomando como base un metro cuadrado por pareja y la suma de los precios de señorita y caballero, bonificada en un 25%. Se establecen tarifas mínimas para espectáculos con taquilla cuando rijan precios de taquilla bonificados o subvencionados, o notoriamente distanciados de los precios que habitualmente rijan en el mercado para espectáculos análogos. En este caso, se calculará mediante la aplicación del porcentaje correspondiente a la modalidad de uso afectada, al presupuesto de gastos necesarios para la celebración del espectáculo de que se trate.

Se entenderán precios de taquilla bonificados o subvencionados los que, calculada la suma de ingresos que se obtendrían por la venta de la totalidad de las localidades del aforo, dicho importe resultara inferior al presupuesto de gastos necesarios para la celebración del espectáculo. Cuando los espectáculos se celebren con acceso gratuito al público y no condicionado a exigencia previa alguna, la tarifa por derechos de autor se calculará mediante la aplicación del porcentaje correspondiente a la modalidad de uso afectada, al presupuesto de gastos necesarios para la celebración del espectáculo. A tal fin, los Ayuntamientos vendrán obligados a presentar a la SGAE la certificación acreditativa del total del presupuesto de gastos de cada espectáculo a que se refiere el presente epígrafe.

Y cuando existan dificultades en la determinación del presupuesto de gastos por cada acto celebrado, o ante el supuesto de falta de presentación del mismo por parte del Ayuntamiento, los derechos de autor se calcularán tomando como base el importe del caché habitual de los grupos o articulistas actuantes, incrementado en un 5 %. Se entenderá por «caché» la contraprestación económica que perciba(n) el / los artículoista(s) intérprete(s) o ejecutante(s) por su actuación, descontados el IVA y demás impuestos aplicables. Por todo ello, debido a la forma de facturar, quizás sea indiferente para el Ayuntamiento quiénes sean los autores o ejecutantes a efectos de pago a la SGAE».

6.2. Acreditación del reparto de derechos por la SGAE

Otro problema, que no compete al Ayuntamiento, pero si de su interés, es cómo se reparte el importe de los derechos. Independientemente de todo o anterior, creemos que no parece una información reservada quiénes son los que pertenecen a la SGAE, debería ser una información pública e incluso podría mantenerse un listado actualizado a través de la web. En nuestra opinión nada debería obstar para que si así se solicita, la SGAE certifique si determinados autores están inscritos o no como asociados y cuál es el repertorio.

Si no se facilita la información en un tiempo razonable, desconocemos qué medio podría haber para instar a ello, no parece que haya previsión Legal al respecto; se nos ocurre que se podría el Ayuntamiento dirigir al Ministerio de Cultura para que se recabe esa información y el último caso, demandar a la SGAE ante la Jurisdicción civil.

6.2.1 A quien corresponden los derechos gestionados por la SGAE

El artículo. 17 RDLeg 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, TRLPI, establece que corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente ley. Dichos derechos, con arreglo a lo dispuesto en el artículo. 147 TRLPI, artículo.147 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia pueden ser gestionados por que las entidades que legalmente se constituyan con ese fin y que obtengan la preceptiva autorización del Ministerio de Cultura, tras la cual, estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales. Al objeto de justificar su legitimación, únicamente necesitarán aportar al inicio del proceso una copia de sus estatutos y la certificación acreditativa de su autorización administrativa (artículo. 150 TRLPI artículo.150 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia).

En este sentido, los Estatutos de la SGAE establecen que el principal fin de esta Sociedad es la protección del autor en el ejercicio de los derechos exclusivos de

reproducción, distribución y comunicación pública, mediante la eficaz gestión de los mismos, en cuyo ejercicio la Sociedad gozará de la legitimación prevista en el artículo. 150 TRLPI artículo.150 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia(artículo. 6artículo.6 Real Decreto 3082/1978, de 10 de noviembre, por el que se aprueban los Estatutos de la Sociedad General de Autores de España. RD 3082/1978, de 10 de noviembre, por el que se aprueban los Estatutos de la Sociedad General de Autores de España). Por todo ello, la SGAE puede legalmente gestionar el cobro de los derechos de autor por obras que se interpreten en cualquier tipo de acto, estén organizados por entidades privadas o públicas, se celebren en un local cerrado o en la vía pública y sean de pago o gratuitos, con la única excepción de que se trate de actos oficiales, en virtud de lo establecido en el artículo. 38 TRLPI. artículo.38 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia

Dicho artículo establece que la ejecución de obras musicales en el curso de actos oficiales del Estado, de las Administraciones públicas y ceremonias religiosas no requerirá autorización de los titulares de los derechos, siempre que el público pueda asistir a ellas gratuitamente y los articulistas que en las mismas intervengan no perciban remuneración específica por su interpretación o ejecución en dichos actos. No obstante, las actividades organizadas en las fiestas patronales, aunque se celebren al aire libre y sea gratuita su asistencia, no pueden considerarse como actos oficiales y, consecuentemente, estarán sujetas, como ya hemos dicho, al pago de los derechos de autor de igual modo que cualquier otro evento en el que se interpreten obras musicales por personas diferentes a sus creadores.

6.2.2 Contratación por las EE.LL a efectos SGAE

Resulta indiferente que las contrataciones de la Corporación Local se efectúen mediante un representante, intermediario u otras asociaciones, ya que el organizador sigue siendo el Ayuntamiento, y por ende el obligado al pago de los derechos de autor. Dicho criterio ha sido establecido por la jurisprudencia en reiteradas ocasiones. Así, la Sentencia de AP de Burgos de 12 mayo de 2005, SAP Burgos de 12 mayo 2005 dispuso que: "Es el Ayuntamiento de Covarrubias en cuanto organizador o promotor de las actuaciones musicales de sus Fiestas Patronales, en interés y beneficio del municipio, quien ha de entenderse realiza la comunicación pública de las obras musicales, que en virtud del servicio contratado reproducen o interpretan los articulistas. El responsable de la comunicación pública de la obra, frente a la titular de los derechos de explotación, no puede ser otro que el organizador del evento, ya lo haga con ánimo de lucro o no, y sin perjuicio de los pactos a que haya podido llegar con los intérpretes, respecto a quien debe asumir el coste de los derechos de autos".

De igual modo se ha pronunciado el TS, en sentencia de la Sala 1ª de 24 noviembre 2006, declara no haber lugar al recurso de casación formulado, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y condena a la parte recurrente al pago de las

costas causadas. La Recurrente alega entre otros motivos que la sentencia de instancia no ha tenido en cuenta la falta de legitimación activa o "ad causam" de la entidad actora, y el Tribunal considera que basta a la "S.G.A.E." para la defensa en juicio de los derechos a que se refiere el litigio con la aportación de la autorización administrativa que la habilita para gestionar esta modalidad de derechos de autor y los Estatutos aprobados por el Ministerio de Cultura, para tener así por cumplido lo exigido en la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre los requisitos de legitimación procesal. Por otro lado la sentencia impugnada establece que la demandada a través de una Comisión para organizar los festejos, hizo uso de un repertorio musical de autores cuyos derechos son gestionados por la "S.G.A.E.", que no han sido abonados por el Ayuntamiento demandado y que debe tenerse por probada la deuda reclamada. en la que dispuso: "ha quedado demostrado en las actuaciones que el demandado no ha negado que ella misma, o a través de una Comisión para organizar los festejos antes indicados, hizo uso del repertorio musical de autores cuyos derechos son gestionados por la "SGAE ", y, asimismo, se ha acreditado que no satisfizo a la actora los abonos relativos a estas comunicaciones públicas".

Y de igual forma, la AP de Salamanca, en su Sentencia de 24 de abril de 2007: Frente a la resolución de instancia que estimó la demanda en parte, la AP estima parcialmente la demanda, revoca la resolución en el sentido de fijar como cantidad que debe ser abonada por la demandada una inferior. Este Tribunal establece, entre otros pronunciamientos, que existe un error en la valoración de la prueba a la hora de determinar la cantidad que se reclama, examinados los contratos mercantiles de prestación de servicios de espectáculo público aportados, y sobre los que la SGAE reconoce deben aplicarse las tarifas previstas, efectuados los oportunos cálculos sobre las retribuciones netas establecidas en los mismos, e incluidos aquellos festejos patrocinados, según la demandada, por la comisión de festejos, esta Sala obtiene una cantidad ligeramente inferior a la estimada en primera instancia, por lo que evidentemente debe rectificarse la cantidad objeto de condena.

"Por todo ello debe entenderse que, con independencia de que esa denominada comisión de festejos materialmente llevase a cabo la contratación, no hay duda de que de alguna forma está apoyada por el propio Ayuntamiento que ha asumido sus gestiones incorporando al programa oficial las actividades propuesta por la misma". O la AP de Zamora, en su Sentencia de 9 de abril de 2007: "la legitimación pasiva del Ayuntamiento para satisfacer los derechos de autor reclamados y, por ende, para ser condenado a través de la presente resolución a satisfacerlos, no nace sólo cuando aquél actúa como organizador directo de los eventos que se celebran en el municipio, sino también cuando lo hace como indirecto, y por ello, responsable último, supuesto este que tiene lugar cuando, como en el caso de litis, subvenciona su costo".

No obstante, en ocasiones no se ha establecido de forma tan clara la responsabilidad del Ayuntamiento, como ocurrió en la Sentencia de la AP de Pontevedra de 6 de abril de 2006: SAP Pontevedra de 6 abril 2006 Contra la resolución de instancia que estimó la demanda y condenó a la demandada, la AP desestima el recurso de apelación formulado por la demandada y confirma la resolución. La Sala considera

que la Sociedad General de Autores y Editores tiene legitimación propia para el ejercicio de las acciones legalmente previstas en defensa de los derechos cuya gestión tiene encomendados, sin que sea necesario acreditar, y mucho menos aportar, la existencia de concretos vínculos contractuales con los autores cuyas obras son objeto de comunicación pública indebida. La Comisión de Fiestas demandada concertó contratos con orquestas que difundieron -sin autorización- obras protegidas por los derechos gestionados por la demandante lo que constituye el presupuesto desencadenante de la obligación del pago del canon, la persona que viene obligada a satisfacer los derechos de autor es el propio empresario del espectáculo, que en el supuesto enjuiciado es la parte demandada.

"La documental aportada evidencia que la Administración local se limitó a conceder autorización para ocupar el espacio público a la "Agrupación de Festas de Vigo", pero no que haya organizado individualmente los festejos ni mucho menos concertado por sí la actuación de las diferentes orquestas, aunque pueda haber colaborado económicamente a su producción por el capítulo de la subvención... la Comisión de Fiestas fue empresaria del espectáculo, contratando a los diversos grupos musicales y pagando el precio pactado por su intervención..., por lo que, en aplicación del artículo. 79 en relación con el artículo. 83, ambos de la LPI, es la obligada al pago del canon correspondiente".

7.- Reclamación del pago. Intimidación

Aún cuando nos parezca muy poco afortunado el estilo que utiliza la SGAE en los escritos que dirige a los Ayuntamientos al objeto de que éstos les abonen los derechos de autor, por estar envueltos en un tono intimidatorio cuya única finalidad es amedrentar a los corporativos, sin duda fuera de lugar y que en ningún caso comparte, no nos parece que su contenido pueda considerarse ni una amenaza ni una coacción, en los términos en los que se definen en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, CP, por cuanto se considera que incurre en dichos delitos aquél que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico (artículo. 169 CP), o, en el caso de la coacción, aquél que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto (artículo. 172 CP), y ninguna de dichas conductas parece ser la llevada a cabo por la SGAE , con independencia de que el tono de su intervención pudiera, en algunos casos, parecernos agresivo, grosero e insolente en la reclamación de datos, documentación e información que pasamos a estudiar..

8.- Petición de documentación/Información

Por último, por lo que respecta a la obligación de proporcionar la información solicitada, hay que decir que el artículo. 207 RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, ROF, establece que todos los ciudadanos tienen derecho a

obtener copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos de los órganos de gobierno y administración de las Entidades locales y de sus antecedentes, así como a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la legislación de desarrollo del artículo. 105.b) de la Constitución Española de 1978. En este sentido, el artículo. 37.1 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.

Como consecuencia de todo ello, entendemos que la solicitud instada por la SGAE , al referirse a los procedimientos que se instruyeron en los años 2007, 2008 y 2009, y por tanto ya finalizados, deberá tramitarse de conformidad con lo dispuesto en la normativa citada y, por consiguiente, la Corporación estará obligada a expedir el correspondiente certificado sobre aquellos antecedentes, acuerdos y documentos que consten en los expedientes administrativos que se cursaron al efecto. Obviamente, en aquellos supuestos en los que la información solicitada no conste en los expedientes, no podrá certificarse sobre dicha cuestión, caso de la identificación nominal de los corporativos que votaron los acuerdos, por cuanto que, salvo que la votación fuese nominal o así lo solicitasen los propios interesados, el sentido del voto de cada corporativo no es un dato que deba figurar en las actas (artículo. 109 h 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.), y con mucha menos razón, al tratarse de datos protegidos, podrá hacerse constar el DNI de cada concejal.

9.- Otras consideraciones

Nuestra opinión es que en aquellos casos en los que la Corporación, y en lo sucesivo hubiese de contratar con un tercero, con personalidad jurídica, debiera convenir que fuese él el que asumiese la obligación de llevar a cabo la totalidad de la gestión y organización de las actuaciones de las fiestas, incluida la de conseguir con carácter previo al inicio de las mismas las correspondientes autorizaciones de la SGAE , y así podría eximirse de responsabilidad el Ayuntamiento frente a la SGAE. En cualquier caso, no sería éste el caso sometido a consulta, en el que es el propio Ayuntamiento el responsable de organizar los festejos, por lo que no hay lugar a dudas de que también debe ser dicha Entidad Local la obligada a pagar los derechos de autor.

Badajoz, febrero de 2011

CONVIVENCIA CÍVICA

Limpieza y adecentamiento de un solar de propiedad privada por molestias a vecinos y negativa del propietario a efectuarlo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha XX de febrero y entrada en esta Institución Provincial el día X del mes del año en curso , el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XX informe sobre el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente:

" Según acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de fecha X de octubre del pasado año, se les solicita si procede, informe de cómo actuar al respecto sobre el tema que se indica a continuación:

Se presentó queja por un vecino de la localidad, sobre las molestias que le produce un solar sin edificar colindante con su vivienda, por la producción de pastos, maleza, reptiles, etc.

Al vecino en cuestión se le concedió un plazo de una semana en dos ocasiones, para que procediera a su limpieza, haciendo caso omiso de ello, por lo que la Junta acordó que fuese el propio Ayuntamiento el que se encargara de limpiarlo y pasarle el coste de dichos trabajos a su cuenta. La duda que se nos plantea es: cuales son los plazos a seguir para acceder a una propiedad privada. "

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura (LSOTEX), en su artículo 163, a propósito del "Deber de conservación y rehabilitación., dispone:

Los propietarios de terrenos, construcciones y edificios tienen el deber de mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad, ornato público y decoro, realizando los trabajos y obras precisos para conservarlos o rehabilitarlos, a fin, en todo caso, de mantener en todo momento las condiciones requeridas para la habitabilidad o el uso efectivo"

.Para el supuesto de que a dicho deber no se de cumplimiento por el propietario obligado el artículo. 191 LSOTEX, dispone:

"1. Los Municipios y la Administración de la Comunidad Autónoma podrán dictar, en el ámbito de sus respectivas competencias, órdenes de ejecución de actos,

operaciones y actividades regulados por la ordenación territorial y urbanística con el fin de preservar las disposiciones, principios y valores contenidos y proclamados en dicha ordenación.

2. Las órdenes de ejecución tienen carácter ejecutivo. La Administración podrá suplir la actividad del destinatario mediante los medios de ejecución forzosa previstos en la legislación de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común.

3. La Administración podrá dictar órdenes de ejecución en los siguientes supuestos:

Incumplimiento del deber de conservación, para la realización de obras y trabajos de reparación o restauración legalmente exigibles, salvo que por motivo de la falta del cumplimiento de este deber haya sobrevenido la ruina, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el artículo 165.

Realización de actos o desarrollo de usos no previstos o no permitidos por la ordenación territorial y urbanística, para la minimización del impacto de unos y otros y, de ser posible, conseguir la reposición al estado originario.

4. Las órdenes de ejecución podrán imponer los actos, las operaciones y las actividades de reparación, demolición y de corrección del impacto que sean necesarias para la preservación de los valores, los principios y disposiciones contenidas en la presente Ley o la normativa que la desarrolla o complementa.

5. La Administración, apreciada la concurrencia de alguno de los supuestos previstos en el apartado 3 anterior, comunicará al particular la orden de ejecución que deberá reunir los siguientes requisitos:

Identificación del motivo o motivos que justifican su adopción.

- Relación y determinación de los actos, operaciones y actividades cuya realización se ordene.
- Plazo para la ejecución voluntaria y advertencia de la posibilidad de la utilización de los medios de ejecución forzosa.
- En su caso, invitación a formular el correspondiente proyecto técnico cuando éste sea necesario para la realización de las indicadas operaciones. El particular, recibida la comunicación, tendrá un plazo adecuado, no inferior nunca a quince días, para la formulación de las alegaciones y aportación de documentos y, en su caso, del proyecto técnico. Simultáneamente a este trámite se dará información a las Administraciones afectadas bien por los actos, las operaciones o las actividades que motivaron la adopción de la orden de ejecución, bien por la ejecución de ésta. A la vista de las alegaciones e informes que se aporten al procedimiento, la Administración resolverá sobre el contenido y las condiciones definitivas de la orden de ejecución.

6. En la determinación de los actos, las operaciones y las actividades objeto de la orden de ejecución se observarán los principios de igualdad, proporcionalidad, congruencia con los fines y menor restricción posible de los derechos e intereses legítimos de los particulares, ponderados a la luz de los demás principios y valores consagrados en esta Ley y teniendo en cuenta los intereses generales afectados por los hechos determinantes de la orden o por las consecuencias de su ejecución.

7. La orden de ejecución legitima por sí misma la ejecución de los actos, las operaciones y las actividades que en ella se contemplen.
8. El destinatario de la orden de ejecución deberá abonar los gastos de elaboración de proyecto, las tasas que sean legalmente exigibles por su tramitación, así como los derivados de todas las operaciones de ejecución material de la orden. La Administración podrá recaudar las anteriores cantidades por los procedimientos de ejecución previstos en la legislación general del Estado.
9. La Administración pública podrá acordar de plano y con carácter provisional y cautelar las medidas necesarias para salvaguardar la integridad física de las personas o la de sus bienes, así como la efectividad de los principios y valores proclamados en la presente Ley amenazada por riesgos inminentes derivados del estado de obras, construcciones, instalaciones o terrenos. Las actuaciones que comporten dichas medidas se realizarán por la propia Administración que las acuerde, la cual podrá recabar, si ello fuera posible, la colaboración de los titulares de los terrenos, instalaciones, edificaciones o construcciones. Adoptadas las medidas imprescindibles para la salvaguarda de los bienes jurídicos en peligro, se procederá a tramitar el correspondiente expediente para el dictado de la orden de ejecución que proceda.
10. El incumplimiento injustificado de la orden de ejecución habilita a la Administración actuante para expropiar el inmueble bajo cualquiera de las modalidades previstas en la presente Ley."

El problema surge, en el supuesto de que para llevar a efecto la orden de ejecución, se produzca la negativa del propietario, a autorizar la entrada en su propiedad, surgiendo en este caso, la cuestión de delimitar previamente el concepto de domicilio, a efectos de determinar si a aquella propiedad se extiende este concepto, y en su caso, si es o no necesaria la autorización judicial para acceder al mismo, como ordenan tanto el artículo. 18.2 CE, como el artículo. 8.6 LJCA.

La jurisprudencia ha definido el domicilio como cualquier lugar cerrado en el que transcurra la vida privada, individual o familiar, legítimamente ocupado, aunque dicha ocupación sea temporal o accidental. Su contenido jurídico hay que ponerlo en relación con el propio concepto constitucional de intimidad y el civil de privacidad. Por ello, el Tribunal Constitucional ha definido el domicilio como "un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, de modo que no solo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella" (STC 22/1984).

Sin embargo, respecto de los establecimientos abiertos al público, ha señalado la doctrina legal: "el concepto constitucional del domicilio no coincide con el que se utiliza en materia de derecho privado (artículo 40 C.C.) o jurídico-administrativo. Añadiéndose, en una delimitación negativa del mismo, que "ni el carácter cerrado del espacio ni el poder de disposición que sobre el mismo tenga su titular determinan que estemos ante el domicilio constitucionalmente protegido. Y, en sentido inverso, que tampoco la falta de habitualidad en el uso o disfrute impide en todo caso la calificación del espacio como domicilio", habiéndose declarado por el Tribunal

Constitucional que "la garantía constitucional de su inviolabilidad, no es extensible a <<aquellos lugares cerrados que, por su afectación -como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales- tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad>>". En concreto, el Tribunal Constitucional no ha considerado domicilio los locales destinados a almacenes de mercancías (S.T.C. 228/97), un bar y un almacén (S.T.C. 283/00), unas oficinas de una empresa (A.T.C. 171/1989) o los locales abiertos al público o de negocios (A.T.C. 58/92), entre otros..." (STS de 16 de abril de 2004).

Como es sabido, en virtud de la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la competencia para autorizar la entrada en el domicilio de los ciudadanos para la ejecución subsidiaria de los actos administrativos corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo; pero nada se establece en la Ley sobre el procedimiento a seguir en estos casos, a excepción de que la autorización se concederá mediante resolución motivada, es decir, mediante auto contra el que cabe recurso de apelación a un sólo efecto.

Así, el precitado artículo 8.6 de la LJCA (redacción dada por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia) dispone que corresponderá conocer a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública.

Al objeto de recabar esta autorización judicial, deberá remitirse al Juzgado de lo Contencioso Administrativo, no solamente el acto administrativo o resolución que disponga la ejecución subsidiaria, sino también copia de todo el expediente del que trae su causa, acompañando, en su caso, copia del acta redactada por la policía local en la que conste la oposición del interesado; todo ello como antecedentes que sirvan al órgano jurisdiccional para adoptar la resolución que proceda.

Ahora bien esta medida debe ser tomada tras el análisis de las consideraciones del caso, es decir no debe producirse como automatismo legal. En Sentencia de 10 Jul. 2007 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, se dice que: «En estos casos la actuación judicial se circunscribe a garantizar el derecho del artículo. 18.2 CE, asegurándose de que el interesado es, ciertamente, el titular del domicilio para cuya entrada se solicita la autorización y de la necesidad de dicha entrada para la ejecución del acto de la Administración; que éste, prima facie, sea dictado por la autoridad competente y que aparezca fundado en Derecho; que sea necesario para alcanzar el fin perseguido; y, en fin, que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto (SSTC 144/1987, FJ 2; 76/1992, FJ 3; 171/1997, FJ 2).

El Juez de la legalidad de la entrada en el domicilio, ciertamente, no es el Juez de la legalidad y de la ejecutividad del acto de la Administración a ejecutar (STC 189/2004, FJ 4); tampoco la intervención judicial tiene como finalidad reparar una supuesta lesión de un derecho interés legítimo, como ocurre en otros casos; antes bien dicha

intervención constituye una garantía destinada a prevenir el derecho del artículo. 18.2 CE.

Aunque ello no quiere decir que la actuación del Juez en garantía del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio sea rituaria o automática, pues para el titular del órgano jurisdiccional no están ausentes determinadas posibilidades de formación de juicio mediante la comprobación de las exigencias constitucionales reseñadas y la ponderación de los intereses en conflicto, en orden a evitar entradas arbitrarias».

Pero en esta sentencia no se entra en la consideración de en qué lugares se requiere la autorización de acceso. Debemos acudir a la Sentencia de 15 Abr. 2009, rec. 99/2009, del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-administrativo, para encontrar este análisis. Así se dice que: «Pues bien, en el caso examinado, tales circunstancias se acreditan debidamente. El segundo punto y objeto de apelación, radica en saber si en este caso, es decir en un local cerrado y privado se requiere autorización judicial para entrar y actuar administrativamente o si por el contrario, ello no es necesario y el Juez carece de competencia o no debe pronunciarse. Pues bien, el artículo 8.6 de la LOPJ, expone que: "Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública.

Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental.

Además, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocerán de las autorizaciones para la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia, cuando, requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, éste se oponga a ello o exista riesgo de tal oposición". Por su parte, el artículo 91.2 de la LOPJ, determina que: "Corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración". Es cierto que no ha sido pacífica la catalogación de los conceptos de domicilio y "restantes lugares". Ahora bien, tras la modificación del artículo. 51.2 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, conforme al cambio operado por la Ley 53/2002, se determina que: "A los efectos de lo dispuesto en el artículo. 91.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y 8.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, únicamente tendrán la consideración de lugares cuyo acceso depende del consentimiento del titular, en relación con la ocupación de los bienes inmuebles expropiados, además del domicilio de las personas físicas y jurídicas en los términos del artículo. 18.2 de la Constitución Española, los locales cerrados sin

acceso al público". Así pues una interpretación integradora y respetuosa con el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, a la intimidad e incluso a la propiedad privada, hacen necesaria la autorización judicial para que la ejecución forzosa administrativa se lleve a término. Si así se entiende legalmente para ocupar inmuebles expropiados, no existe motivo alguno para excluir tal requisito en supuestos distintos, en los que la Administración también interviene. Incluso ello supone una garantía para el particular frente a posibles excesos en el ejercicio de la autotutela administrativa. Así por tanto, siendo un garaje un local cerrado que no posee acceso al público, entendemos que se dan los supuestos para que el Juez acordase lo procedente. Como no lo entendió así, nos corresponde ahora decidir lo oportuno y como reseñábamos, la decisión administrativa posee cobertura de legalidad y está dictada en procedimiento adecuado por órgano competente y en su consecuencia debe procederse a acceder a lo solicitado, revocándose la decisión judicial».

En consecuencia, conforme a lo que antecede, si el solar de referencia no se encuentra vallado y por tanto, cerrado al acceso publico, entendemos no es necesaria la autorización judicial, para que por el Ayuntamiento se puedan acometer por si las obras de limpieza de referido solar, ateniéndose para ello a lo dispuesto en el artículo. 191 LSOTEX, arriba transcrito. Al margen de lo señalado, también podrá iniciarse por el Ayuntamiento, expediente sancionador por infracción de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General.

CONTRATACIÓN

(C11) Legalidad contrato de arrendamiento bien patrimonial (finca rústica)

HECHOS. ANTECEDENTES

Se solicita el examen de expediente de contratación referido al arrendamiento de finca rústica de titularidad municipal (bien de propios) y, en su caso, posibilidad de resolución del mismo.

FONDO DEL ASUNTO

Analizado el expediente de contratación para el arrendamiento de finca rústica propiedad del Ayuntamiento, y muy especialmente el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el proceso de adjudicación, se observa lo siguiente:

1.Procedimiento de adjudicación.-El procedimiento de adjudicación utilizado ha sido el abierto, varios criterios de adjudicación.

El artículo 107.1 de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), establece respecto al procedimiento para la explotación de los bienes patrimoniales lo siguiente:

"1. Los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales se adjudicarán por concurso salvo que, por las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación, proceda la adjudicación directa. Las circunstancias determinantes de la adjudicación directa deberán justificarse suficientemente en el expediente"

Por el contrario, el artículo el artículo 92 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RB) sobre la misma cuestión establece:

"1. El arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de bienes patrimoniales de las Entidades locales se regirá, en todo caso, en cuanto a su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de contratación de las Entidades locales. Será necesaria la realización de subasta siempre que la duración de la cesión fuera superior a cinco años o el precio estipulado exceda del 5% de los recursos ordinarios del presupuesto."

Como podemos observar ambos preceptos son contradictorios, pues mientras el primero exige el concurso (procedimiento abierto, varios criterios de adjudicación, en la terminología de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP)) por el contrario, en el segundo se exige para el misma finalidad y mismo tipo de bien la subasta (procedimiento abierto, el precio como único criterio de adjudicación, en la

terminología de la LCSP). Sin embargo tal contradicción quedó zanjada por el epígrafe quinto de la Disposición Final Segunda de la LPAP que establece: "Tienen el carácter de Legislación básica… el artículo 107 apartado 1".

Por tanto, el carácter de Legislación básica otorgado al citado artículo 107.1 de la LPAP viene a derogar lo dispuesto en artículo 92 del RB respecto a la subasta como procedimiento para la adjudicación de los contratos de explotación de los bienes patrimoniales.

Por otro lado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4. 1 p) de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, el arrendamiento y demás negocios Jurídicos análogos sobre bienes inmuebles tienen la consideración de contratos privados y están excluidos de su ámbito de aplicación, estableciendo literalmente dicho precepto:

"p) Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios Jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la Legislación patrimonial. ..."

Siendo que, como hemos visto, este tipo de contratos tienen la consideración de privados, habrá de estarse a lo prevenido en el artículo 20.2 de la Ley 30/2007: "los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente Ley y sus Disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado."

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 25/08, de 29 de enero de 2009 entiende que el régimen Jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local como consecuencia de quedar los mismos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público (artículo 4.1 p), es el que resulta de las normas establecidas en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) y de las normas que la complementan y, en especial, por el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RB), así como, en su caso, por las normas promulgadas sobre tal materia por las Comunidades Autónomas respecto de las normas declaradas no básicas, siendo de aplicación las normas sobre preparación y adjudicación de contratos de la Ley 30/2007, cuando las normas patrimoniales así lo expresen.

Por tanto, y como conclusión, siendo que conforme a lo prevenido en el artículo 4.1 p) de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, el alquiler de las fincas de propios de titularidad Municipal tiene la consideración de contrato de derecho privado, su adjudicación, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LPAP, deberá realizarse a través del concurso, o si se quiere, en la terminología de la vigente LCSP, a través del procedimiento abierto, varios criterios de adjudicación.

Así pues, el procedimiento de adjudicación utilizado es correcto y ajustado a la normativa citada.

2.Duración del contrato.-En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se ha establecido una duración del contrato de arrendamiento de VEINTE AÑOS.
Si bien el Reglamento de Bienes no regula la duración del contrato de arrendamiento, salvo para determinar la competencia del órgano cuando su duración exceda de 5 años, por las fundamentaciones contenidas en el punto primero del presente informe, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 106.3 de la LPAP:
Artículo 106. Contratos para la explotación de bienes patrimoniales
3. Los contratos para la explotación de los bienes o derechos patrimoniales no podrán tener una duración superior a 20 años, incluidas las prórrogas, salvo causas excepcionales debidamente justificadas.
Por tanto, siendo que el límite máximo de la duración de los contratos de arrendamientos de bienes patrimoniales de las Corporaciones locales es de veinte años, incluidas sus posibles prórrogas, es ajustada a derecho la previsión hecha en el Pliego respecto a la duración del contrato (veinte años)
3. Órgano de contratación.-En la cláusula quinta del Pliego se ha establecido que el órgano de contratación es el Alcalde por no superar el importe del contrato el 10% de los recursos ordinarios del presupuesto.
Con arreglo ala Disposición Adicional Segunda de la LCSP "Corresponden a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades locales las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos de obras, de suministro, de servicios, de gestión de servicios públicos, los contratos administrativos especiales, y los contratos privados cuando su importe no supere el 10 % de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada.".
La única duda que podría plantearse al respecto es si cuando el legislador dice "incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años" se está refiriendo a la duración de los contratos. Consideramos que no, que se está refiriendo exclusivamente a los llamados gastos plurianuales en los términos del artículo 174 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, RD legislativo 2/2004, y no a la duración de los contratos, en este caso patrimonial, en los que lo determinante para la competencia es la cuantía y su relación con los recursos ordinarios del presupuesto (10%).
Por tanto, es correcta la determinación del Alcalde como órgano de contratación.
4. Precio o renta del contrato.-En la cláusula cuarta del Pliego de establece que la renta anual será durante los tres primeros meses de 100 euros, determinándose para

los siguientes años en el 22% del rendimiento anual neto de la superficie arrendada, que habrá de destinarse obligatoriamente a la plantación de olivos.

Asimismo, en la cláusula novena del Pliego se contienen una serie de "condiciones especiales" que, de alguna manera, viene a justificar el bajo precio inicial del arrendamiento.
Es sin duda una fórmula de determinación del precio que se aparta de lo habitual, que no de lo legal, pero que se está utilizando en otros municipios como un medio para propiciar, mediante el arrendamiento de bienes municipales, tanto el incentivo de la actividad agrícola como aumentar el valor de los terrenos arrendados al recibirlos tras la terminación del contrato con una plantación de olivos, al margen del beneficio participado en la producción durante los diecisiete años restantes.
Se observa que en el expediente se incluyen los informes que el Reglamento de Bienes de la Entidades Locales exige respecto de la determinación del importe del arrendamiento de los bienes patrimoniales.
Por consiguiente, en nuestra opinión, es ajustada a derecho la fórmula de determinación del precio del contrato.
Así pues, y como conclusión final, no se observan en el expediente de contratación referenciado ninguna ilegalidad que pudiera habilitar instar ante autoridad judicial su resolución. Antes al contrario, consideramos que Secretario del Ayuntamiento ha sido muy cuidadoso en su tramitación, encontrándonos con un expediente bien "armado" tanto desde el punto de vista legal como procedimental.

Este es el informe de la Oficialía Mayor-Departamento de Asesoramiento y Asistencia Jurídica a las EE.LL- en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para el Ayuntamiento de XX, que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.

Badajoz, septiembre de 2011

Problemática que afecta a diversos municipios de la región derivada de la gestión de los Centros de Día y Pisos Tutelados, en régimen de concesión, consecuencia de posibles incumplimientos de los concesionarios.

ANTECEDENTES DE HECHO

El Sr. Presidente de la FEMPEX, manifiesta lo siguiente:

."El pasado día 22 de marzo mantuvimos una reunión de la Comisión de Sanidad y Dependencia de esta Federación y los alcaldes afectados por la gestión de los Centros de Día y Pisos Tutelados, con objeto de conocer la problemática existente en cada uno de ellos y buscar soluciones de forma conjunta. Tras analizar la información facilitada pro los asistentes a dicha reunión se deduce que en la mayoría de los casos la empresa adjudicataria del servicio mantiene deudas tanto con los trabajadores/as como con proveedores, circunstancia que hace que estos ayuntamientos estén rescindiendo o quieran rescindir el contrato con esta empresa,. A tal efecto se acordó solicitar sendos informes jurídicos a las Diputaciones Provinciales sobre la situación contractual en que se encuentra cada uno de los Ayuntamientos. Por ello, te solicito que por parte de esta Institución se emita un Informe Jurídico sobre si es posible resolver estos contratos y el procedimiento que han de seguir los Ayuntamientos para ello, la responsabilidad que se derivaría para éstos por dicha resolución del contrato en cuanto al pago de las deudas que la empresa pueda tener con trabajadores, proveedores, seguridad social,... y la posibilidad de que los ayuntamientos puedan pagar directamente a proveedores y trabajadores con las subvenciones del SEPAD o es preciso realizar alguna actuación previa. Desde esta Federación hemos solicitado a los ayuntamientos afectados documentación sobre los contratos con las empresas que prestan el servicio, la cual se la haremos llegar una vez obre en nuestro poder."

FONDO DEL ASUNTO:

PRELIMINAR: SOBRE LA COMPETENCIA EN MATERIA DE SERVICIOS SOCIALES.-

Realmente puede ser muy complicada la decisión acerca de cómo gestionar un servicio público local, ya que cada Corporación tiene sus propios problemas y dificultades así como sus propios intereses y medios y por tanto pueden ser importantes las consecuencias sobre el éxito de la gestión y sobre el funcionamiento de un centro asistencial, sea, una residencia de ancianos, unos pisos tutelados, un centro de día, ….

Como punto de partida debemos comenzar señalando que son varias las cuestiones planteadas por la Fempex, por lo que a efectos prácticos es necesario partir de la necesaria delimitación de las instituciones que cita en su formulación, a partir del cual estructuramos el análisis de los efectos, en los supuestos de resolución y secuestro-intervención del servicio, así como la asunción o no por parte de los Ayuntamientos,

del pago a proveedores, nominas de trabajadores, seguridad social, etc... Es por ello, como decimos, que aún siendo varias las cuestiones que se suscitan a propósito del informe que se interesa, y derivadas todas ellas de las diferentes situaciones que concurren en lo municipios afectados, parece haber no obstante un denominador común , esto es, incumplimientos de pagos por la empresa concesionaria del servicio a trabajadores, seguridad social, proveedores...

En este sentido, la primera cuestión que ha de precisarse es en cuanto al tipo de contrato al que se refiere la petición de informe, en la que de ordinario por los Ayuntamientos afectados se ofrece el servicio a los usuarios de Centros de Día y/o Pisos Tutelados mediante su concesión, y por tanto habrá de examinarse el procedimiento de adjudicación, las condiciones de la misma (Pliegos y contrato) y las consecuencias de la declaración del incumplimiento de obligaciones del contratista-concesionario, bien sea para la asunción temporal del servicio por el Ayuntamiento respectivo, mediante el secuestro, y posterior declaración de caducidad-resolución, bien, para declarar la extinción definitiva de la relación contractual, aplicando las consecuencias legalmente previstas.

Desde ambos puntos de partida, los problemas planteados por la Fempex, a su vez, se han de examinar a la luz de los artículos. 42 y 44 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RDLeg 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley –ET-, para determinar si el ayuntamiento ostenta o no la condición de empresario principal o contratante del servicio, en un caso, y, si está obligado a subrogarse en las relaciones laborales del contratista o puede exigir a un nuevo adjudicatario la asunción de las mismas, en otro.

Por tanto, tratar el problema desde un punto de vista uniforme y meramente jurídico puede ser algo engañoso o al menos insuficiente, y por eso creemos que, para la toma de decisión lo más acertada posible sobre la forma de gestión de un servicio habrá que analizar, entre otros aspectos, y en primerísimo lugar, el objeto del contrato, es decir, los Centros de Día y Pisos Tutelados, configurados como servicios sociales especializados y por ello, a quién corresponde la titularidad de los mismos.

Con este planteamiento inicial, debemos conocer que la Ley 5/1987, de 23 de abril, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Extremadura, establece un sistema público de servicios sociales, prestados con la colaboración de la iniciativa social, con fundamentos en los principios y normas que la propia Ley dispone. A este respecto, la creación y mantenimiento de los distintos servicios en el territorio de la comunidad autónoma debe coordinarse con los adscritos a otras administraciones o instituciones de iniciativa social cuyo objeto esté igualmente relacionado con el bienestar social, correspondiendo a la Comunidad Autónoma la planificación y coordinación de los servicios, y a los Ayuntamientos, Mancomunidades o instituciones de iniciativa social, como instrumentos de gestión de los mismos.(artículo.3.3)

La citada Ley establece los Servicios Sociales bajo las modalidades de Servicios Sociales de Base y Servicios Sociales Especializados, según vayan dirigidos a todos los ciudadanos o a un sector específico que determinado por sus peculiaridades requiera una atención diferenciada.

El desarrollo reglamentario, en lo que a los Servicios Sociales de Base se refiere, tuvo lugar mediante el Decreto 22/1985, de 9 de mayo, de creación de los Servicios Sociales de Base y establecimiento de las condiciones para la concesión de subvenciones, actualmente reguladas por el Decreto 12/1997, de 21 de enero, por el que se desarrollan las prestaciones básicas de Servicios Sociales de titularidad municipal y se establecen las condiciones y requisitos de aplicación a las ayudas y subvenciones destinadas a su financiación.

Respecto a los Servicios Sociales Especializados, que son los que nos ocupan, conforme al artículo. 13 de la Ley 5/1987, de 23 de abril, de Servicios Sociales, el Servicio social especializado de atención a los ancianos, tiene por finalidad poner a disposición de éstos centros de día que faciliten la convivencia y la participación en actividades ocupacionales, culturales y recreativas y centros de acogida temporal o indefinida para los que no tengan hogar, su convivencia familiar sea inviable o el grado de necesidad o deterioro físico lo haga necesario, y conforme al apartado 4 del mismo artículo 13: "Dependerán funcionalmente de este servicio (SEPAD) todos los centros o servicios del área específica de ancianos que estén inscritos en el registro unificado de entidades de servicios sociales"

Por tanto, y como conclusión sobre esta primera cuestión, estimamos que, no obstante lo establecido en los artículos 25 (2. El Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: k) prestación de servicios sociales....) y 26 (1. Los Municipios por sí o asociados deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes: en poblaciones de más de20.000 habitantes....prestación de servicios sociales...) ambos de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, la normativa autonómica es la que conforme a lo más arriba apuntado determina fundamentalmente a los ayuntamientos, a través de la competencia de planificación y coordinación que atribuye a la Junta de Extremadura respecto de los servicios sociales, el modo , forma y manera de su prestación por los ayuntamientos, a través de su configuración como "...instrumentos de gestión..." (artículo. 3.3 Ley 5/87) de los centros dedicados a estas actividades y servicios. Término gestión que nos lleva necesariamente a la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que en su artículo 15 regula las "encomiendas de gestión": "La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño." Por tanto, siendo éste el presupuesto de hecho, encomienda de gestión realizada por la comunidad autónoma, será ésta como titular de la competencia quien deba asumir frente a terceros las responsabilidades derivadas del cumplimiento de los contratos que los ayuntamientos (en su calidad, de instrumentos de gestión) suscriban con terceros a través de esta encomienda de gestión, en virtud de los Convenios de Colaboración suscritos entre la Consejería correspondiente, el SEPAD y los respectivos Ayuntamientos, Mancomunidades, ….

(artículo.4.1.c) LCSP), pues no debemos olvidar que los Servicios Sociales Especializados de atención a los ancianos, que son los que nos ocupan y como más arriba señalamos, conforme al artículo. 13 de la Ley 5/1987, de 23 de abril, de Servicios Sociales, tienen por finalidad poner a disposición de éstos centros de día que faciliten la convivencia y la participación en actividades ocupacionales, culturales y recreativas y centros de acogida temporal o indefinida para los que no tengan hogar, su convivencia familiar sea inviable o el grado de necesidad o deterioro físico lo haga necesario.

Pues bien, esta previsión genérica se concreta en el Decreto 4/1996, de 23 de enero, por el que se regulan los establecimientos de asistencia social geriátrica, cuyo objeto es la regulación del procedimiento de Autorización y de las Condiciones Mínimas de apertura y funcionamiento de Establecimientos de personas mayores, tanto públicos como privados, ubicados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura, así como la creación del Registro de Establecimientos para Mayores, distinguiendo entre, Centros residenciales para ancianos con autonomía, Centros residenciales para ancianos que precisen ser asistidos, Centros residenciales mixtos, Hogares-Club y Comedores Sociales, que dependerán funcionalmente del SEPAD " todos los centros o servicios del área específica de ancianos que estén inscritos en el registro unificado de entidades de servicios sociales" (artículo.13.4 Ley 5/87)

De este modo, se puede concluir que tanto los Centros de Día como los Pisos Tutelados no son servicios de titularidad municipal, sino Servicios Sociales Especializados planificados y regulados por la Comunidad Autónoma de Extremadura y bajo su dependencia funcional a través del SEPAD, cuya gestión pueden asumir los ayuntamientos en el marco legal indicado, esto es, con carácter meramente instrumental (artículo. 15 , Ley 30/1992 y 3.3 Ley 5/87), a través de los correspondientes Convenios de Colaboración de encomiendas de gestión de tales Servicios, por la Junta de Extremadura y SEPAD, a Ayuntamientos, Mancomunidades.... (artículo.4.1.c) LCSP), por cuanto:

En los Convenios firmados entre los Ayuntamientos, el SEPAD y la Consejería se dan las pautas necesarias por estos últimos en cuanto a que, salvo el pago de la subvención por éstos, el resto de obligaciones recaen en los Entes Locales (Ayuntamientos, Mancomunidades...) como gestores de estos servicios, así:

- Que el Ayuntamiento gestor, reservará un mínimo de plazas a disposición del SEPAD, y este se reserva la posibilidad de disponer del resto de plazas no ocupadas (cláusula segunda)
- Que la cuantía de la subvención, la forma y justificación del pago se determinan unilateralmente por la Consejería (cláusulas tercera y cuarta)
- Que la cobertura de plazas reservadas y régimen aplicable a estas son fijadas por el SEPAD (cláusulas sexta y séptima)
- Que la liquidación de estancias de plazas reservadas se fijará por el SEPAD. (cláusula octava)

- Que el Ayuntamiento como gestor, enviara a SEPAD, relación de usuarios en dependencia y precio público que abonan, así como certificación de totalidad de ingresos, gastos y pagos (cláusula novena)
- Que el Ayuntamiento como gestor, enviara a SEPAD, Memoria por anualidad comprensiva de la gestión y funcionamiento del Centro (cláusula novena).
- Que el Ayuntamiento gestor, deberá recabar previamente la autorización del SEPAD, para subcontratar total o parcialmente la gestión del Centro (cláusula novena)
- Que la supervisión del Convenio corresponde a la Consejería de Sanidad y Dependencia.(cláusula décima)

En definitiva, las entidades locales (Ayuntamientos, Mancomunidades, …) actúan como meros mandatarios o gestores de estos servicios, en los términos que resultan de los mencionados Convenios de encomiendas suscritos con la Consejería de Sanidad y Dependencia y el SEPAD y es precisamente en tal consideración donde incardinar las resultas de los contratos suscritos por los municipios y demás entes locales afectados con las empresas adjudicatarias, y que seguidamente pasamos a considerar en el marco de las cuestiones suscitadas a propósito de la emisión del presente, y así:

A) POSIBILIDAD DE RESOLVER ESTOS CONTRATOS Y DEL PROCEDIMIENTO QUE HAN DE SEGUIR LOS AYUNTAMIENTOS.

En relación con la resolución de los contratos administrativos, la Jurisprudencia mantiene la aplicabilidad de los principios contenidos en el Código Civil, por lo que la facultad de resolver se entiende implícita a favor de la parte que cumple y en contra de la que incumple sus obligaciones, si bien para que la acción de resolución proceda es preciso que la parte que la ejercite haya cumplido con las obligaciones que le incumben. Frente al incumplimiento del contratista, la Administración goza de una verdadera potestad de resolución.

Las causas de resolución de los contratos aparecen tasadas en el artículo 206 LCSP entre las que se comprende “El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.”

Si la resolución del contrato es debida al incumplimiento del contratista, como parece ser el caso, se incautará a este, la garantía, y, además, deberá indemnizar a la Administración, por los daños ocasionados en lo que exceda del importe de dicha garantía.

El efecto principal de la resolución es la reversión de los bienes y derechos a la Administración titular, para lo que la Ley prevé de forma expresa que la Administración podrá adoptar las disposiciones necesarias antes de que venza el plazo del contrato con el fin de mantener la adecuada conservación de los bienes objeto de reversión.

A.1.Procedimiento para la resolución de los contratos.

El artículo. 195 LCSP señala que en los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a la resolución del contrato deberá darse audiencia al contratista, siendo preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo

equivalente de la Comunidad Autónoma cuando se formule oposición por parte del contratista.

El artículo. 207.1 LCSP y desde el punto de vista reglamentario, el artículo. 109.1 RGLCAP , establecen que el acuerdo de resolución del contrato deberá ser acordado por el órgano de contratación, previa tramitación del correspondiente expediente en el que habrá de cumplirse los siguientes trámites:

1º.- Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.

2º.- Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

3º.- Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos. 41 y 96 de la Ley.

4º.- Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Por su parte el artículo. 208. LCSP, al respecto dispone, una vez concluso el expediente de resolución que: (….)

"3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada", y en cuanto a la determinación de aquellos (daños y perjuicios que deba indemnizar el contratista,) el artículo 113 RGLCAP, establece que igualmente su ...determinación se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del contratista, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración.

En todo caso, dice el apartado 4 del artículo. 208 LCSP, que "..el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable."

Por último el apartado 6, del meritado artículo. 208 LCSP, establece que: " Al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por la causa establecida en la letra g) del artículo 206, podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de éste quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos".

Consecuencia de todo lo anterior, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar el contratista se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, los mayores gastos que el incumplimiento del concesionario, ocasione a la Administración, no

existiendo en la legislación de contratos, como hemos señalado, criterios reglados para su cuantificación; por lo que habrá que estar al caso concreto, pudiendo tenerse en cuenta aspectos tales como el incremento de gastos que se vea obliga a realizar la Administración por la intervención o secuestro del servicio, como veremos más adelante o por una nueva contratación, intereses por créditos a cargo de la Administración para la financiación del servicio, intereses de demora de ingresos dejados de percibir, etc.

Y en este periodo, hasta que se formalice el nuevo contrato, en su caso, el contratista-concesionario quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado. A falta de acuerdo, la retribución del contratista se fijará a instancia de éste por el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato. El contratista podrá impugnar esta decisión ante el órgano de contratación que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días hábiles.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que en los casos en que el concesionario de un servicio incurra en una infracción grave que ponga en peligro la buena prestación del servicio, la Administración concedente está habilitada para declarar el secuestro o intervención de la concesión, institución ésta que pasamos a estudiar.

B) POSIBILIDAD DE SECUESTRO/INTERVENCIÓN DEL SERVICIO.

El secuestro supone que, vigente aún el contrato, la Administración se encarga directamente del funcionamiento del servicio y de la percepción de los derechos establecidos, utilizando para ello el mismo personal y material del concesionario, y efectuándose la explotación por cuenta y riesgo del concesionario a quien se entregará, al finalizar el secuestro, el saldo activo que resultare, en su caso, después de satisfechos todos los gastos; incluso los haberes del interventor del servicio durante el secuestro (artículo 134 RSCL). El Tribunal Supremo considera que esta medida tiene por finalidad garantizar el principio esencial de continuidad del servicio.

Por tanto sólo en la medida en que esta situación de desabastecimiento de alimentos, productos de limpieza..... de los Centros gestionados, sea imputable al concesionario, por la producción de anomalías y deficiencias en la prestación de un servicio tan esencial como el atención y sustento de personas acogidas en los Centros de Día y Pisos Tutelados, podrán éstas, tenerse en cuenta para la resolución de la concesión, por cuanto el secuestro de una concesión administrativa constituye una medida excepcional que sólo puede ser adoptada en el caso de que el concesionario incurriese en infracción de carácter grave que pusiese en peligro la buena prestación del servicio público o el incumplimiento por el concesionario del deber de conservación de las obras e instalaciones del servicio que le incumbe, como exigen los apartados 1 y 2 del artículo 133 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, lo que se complementa, aún referido a la concesión de obra pública, por lo dispuesto en el artículo 234 de la LCSP, conforme al cual, el Ayuntamiento, previa audiencia del concesionario, puede acordar

el secuestro de la concesión en los casos en que el concesionario no pueda hacer frente, temporalmente y con grave daño social, a la explotación de la obra pública por causas ajenas al mismo o incurriese en un incumplimiento grave de sus obligaciones que pusiera en peligro dicha explotación. Ante dicho supuesto, el acuerdo del órgano de contratación decidiendo el secuestro ha de ser notificado al concesionario y si éste, dentro del plazo que se le hubiera fijado, no corrigiera la deficiencia se ejecutará el secuestro.

Si se efectuase el secuestro corresponderá al Ayuntamiento la explotación directa de la obra pública y la percepción de la contraprestación establecida, pudiendo utilizar el mismo personal y material del concesionario. Habría que designarse uno o varios interventores que sustituirán total o parcialmente al personal directivo de la empresa concesionaria. La explotación se efectuará por cuenta y riesgo del concesionario, a quien se devolverá, al finalizar aquel, con el saldo que resulte después de satisfacer todos los gastos, incluidos los honorarios de los interventores, y deducir, en su caso la cuantía de las penalidades impuestas.

El artículo. 186 RGLCAP, dispone al respecto que durante la intervención del servicio por el Órgano de contratación habrá de nombrarse a uno o varios funcionarios que hayan de desempeñar las funciones interventoras y a cuyas decisiones deberá someterse el contratista durante el período de intervención.

El secuestro necesariamente ha de tener carácter temporal y su duración será la que determine el Ayuntamiento sin que pueda exceder, incluidas las posibles prórrogas, de dos años ni de la tercera parte del plazo que restase para el término de la concesión. El cese del secuestro se acordará cuando resulte acreditada la desaparición de las causas que lo hubieran motivado y el concesionario justifique estar en condiciones de proseguir la normal explotación de la obra pública. Transcurrido el plazo fijado para el secuestro sin que el concesionario haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones, el órgano de contratación resolverá el contrato de concesión (artículo 234.3 de la LCSP)

A la exigencia de que concurra el presupuesto de hecho, determinante de la medida de secuestro, de "perturbación del servicio público" se refieren las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1987 (Arz. 3950), 27 de julio de 1988 (Arz. 6336), y 9 de abril de 1990 (Arz. 3633).

B.1 Procedimiento de Secuestro y efectos

En el caso de que la Empresa (Concesionario) haya incurrido en infracción grave, que pudiera justificar el secuestro, la Corporación deberá tramitar un expediente en el que ha de darse al concesionario la oportunidad de ser oído y de corregir las deficiencias advertidas, en el plazo que aquélla fije, no cualquier plazo, arbitrario, sino el suficiente para poder efectuar la corrección; procederá aplicar la medida del secuestro en caso que se incumpliere el requerimiento. Acuerdo que será ejecutivo, sin perjuicio de los recursos administrativos que el concesionario puede interponer frente a dichos acuerdos.

Serán efectos del acuerdo corporativo de secuestro los que determina el artículo 134 del citado Reglamento, esto es:

- La Administración asumirá directamente la gestión del servicio concedido, lo que supone utilizar el mismo personal y material del concesionario, que permanece integrado en la empresa concesionaria, aunque bajo la dirección de aquélla, que interviene la empresa a través de un "Interventor Técnico", que podrá ser o no funcionario de la Corporación, y que sustituirá, plena o parcialmente, a los elementos directivos de la empresa.
- La gestión o funcionamiento del servicio se asume, pues, por la Administración, pero la explotación corre "por cuenta y riesgo del concesionario". Aquélla se encarga, por ello, de percibir los derechos establecidos, y al finalizar el secuestro, entregará al concesionario el saldo activo que resultare después de satisfacer todos los gastos, incluso los haberes del Interventor.
- El secuestro, dado su carácter temporal, tendrá la duración fijada en el pliego de condiciones, o en su defecto, la que determine la Corporación al acordar la medida, sin que pueda exceder, según establece el artículo 135.1.b) del Reglamento, de dos años, ni de la tercera parte del plazo que restase para el término de la concesión.

Ahora bien, el cese del secuestro podrá darse en cualquier momento en que, a solicitud del concesionario debidamente justificada, lo acuerde la Corporación, por hallarse aquél en condiciones de continuar la gestión normal de la empresa.

Por lo demás hay que tener en cuenta que la medida de secuestro es compatible con la exigencia al concesionario de que indemnice a la Administración de los "daños y perjuicios que efectivamente le haya irrogado".

La medida cautelar (el secuestro) que comentamos, suele ser objeto de confusión con otra medida prevista en el ámbito concesional, cual es el rescate del servicio por la Administración titular del mismo, pero sin embargo, guardan claras y evidentes diferencias a la hora de su elección por la Administración.

En efecto hemos partido del supuesto de que la Empresa Concesionaria sea la infractora, pues así aparece ab initio por los antecedentes que nos relatan, pero, puede ser el caso de no serlo y, en consecuencia, no ser procedente el secuestro.

Concretando, el Ayuntamiento dispone de dos medidas: bien el secuestro, bien el rescate, para resolver una concesión, dependiendo de la existencia o no de infracciones en la prestación del servicio ; pero tanto una medida como otra no pueden estar motivadas por las malas relaciones entre las partes, pues ellas harían incurrir a la Corporación en desviación de poder, debiendo fundamentarse en el expediente que, necesariamente, debe incoarse, con audiencia del concesionario, las deficiencias importantes en el servicio, o la asunción de la prestación del servicio por ser conveniente para el interés general, no obstante dados los términos generales en que se formula la petición de informe por la FEMPEX, y la enumeración de supuestos incumplimientos por el concesionario, nos inclinamos por la utilización de la figura de la Intervención o Secuestro del Servicio, y en ningún caso, por el rescate, pues para este supuesto el artículo. 264.4 LCSP determina que la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de

revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización. Sin embargo, esta afirmación no es obstáculo para que, dándose algunas de las causas habilitantes contempladas en la LCSP, se proceda a la resolución del contrato.

C) RESPONSABILIDAD QUE SE DERIVARÍA PARA LOS AYUNTAMIENTOS POR DICHA RESOLUCIÓN O SECUESTRO DEL CONTRATO EN CUANTO AL PAGO DE LAS DEUDAS QUE LA EMPRESA PUEDA TENER CON TRABAJADORES, PROVEEDORES, SEGURIDAD SOCIAL,...

Respecto a la responsabilidad municipal derivada del secuestro del Servicio, en cuanto a terceros (proveedores, trabajadores, seguridad social, etc..) y para con el concesionario, nos remitimos, a lo que se sostiene en los apartados anterior (B) y posterior (D), del presente Informe.

En lo que respecta a las consecuencias de la resolución del contrato, se debe proceder a examinar los deberes que les incumben a los ayuntamientos respecto de los trabajadores de las empresas contratistas, en la medida en que ostenten o no, respecto de ellas, la condición de empresario principal o contratante del servicio.

Así, el artículo. 42 ET dispone que: "1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante. 2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata (…)"

El Tribunal Supremo Sala 4ª, en Sentencia de fecha 18 de marzo de 1997, indica respecto de la aplicación de este precepto y sus consecuencias a las administraciones públicas, y, en relación a un contrato similar al que nos ocupa, que, " PRIMERO.- La cuestión litigiosa se limita a determinar si el Ayuntamiento recurrente carece de la responsabilidad solidaria que le ha imputado la sentencia recurrida -dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en 18 de Junio de 1996-, dado que, según su tesis, la norma en la que se ha fundamentado aquella responsabilidad, -artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores -, no es aplicable al supuesto controvertido. El ente local alega, al efecto, que, en relación al servicio que adjudicó al Servicio de Ayuda a Domicilio, no puede ser considerado como empresario, añadiendo, además, que el carácter administrativo del contrato por el que se hizo tal adjudicación, excluye, también, la aplicación del citado precepto, concluyendo, que, el negocio jurídico base sobre el que descansa el soporte fáctico de

su mandato garantizador queda contraído a contratas o subcontratas, sin abarcar, por tanto, las contrataciones administrativas(…) SEGUNDO.- (…)TERCERO.- (…) El problema aquí discutido ha sido resuelto por las sentencias de esta Sala IV del Tribunal Supremo de 15 de Julio , 27 de Septiembre , 18 de Noviembre , y 14 , 23 y 31 de Diciembre de 1996 , recaídas en recurso de casación para la unificación de doctrina, en las que se afirma la responsabilidad solidaria del Ayuntamiento que otorgó el correspondiente contrato administrativo. Las razones en que se apoya tal decisión pueden ser resumidas del siguiente modo:

a) El término empresario, incluido en dicho artículo. 42 , debe equipararse al de empleador, y no limitarse, restrictivamente, al titular de una organización económica específica, que proyecte la existencia de una empresa en sentido económico o mercantil, sin que sea obstáculo a esta conclusión que el repetido artículo. 42, in fine, haga mención a "su realización por razón de una actividad empresarial", en cuanto ha de entenderse que esta actividad busca apoyo en una aportación de trabajo bajo el régimen de laboralidad.

b) La condición pública del Ayuntamiento que, mediante contratación administrativa, adjudica la realización directa e inmediata del servicio de ayuda domiciliaria, que constituye uno de los servicios sociales a cargo del ente público, a otra entidad, no puede hacer olvidar, ni desnaturalizar la naturaleza de la prestación, caso de haber sido realizada directamente por el órgano público local, por lo que, su gestión indirecta, mediante el mecanismo de la concesión administrativa, no afecta a "solidum" legal examinado.

c) Una interpretación del reiterado artículo. 42 , conforme a su espíritu y finalidad, permite extender el concepto "contratas o subcontratas" celebrados por el empresario y terceros respecto a la realización de obras y servicios de los primeros, a la noción de "concesión administrativa" ya que, de una parte, la generalidad de los términos "contratas o subcontratas" no permiten su aplicación exclusiva a los negocios jurídicos privados, y, de otra, parece más adecuado a los fines de la Administración que la misma, a través de la figura de la concesión, pueda encomendar a un tercero la gestión directa de servicios propios, sin que ello afecte a las garantías solidarias entre el ente público, dueño de la obra o servicio cedido, y la entidad que organiza su propia actividad y medios personales y materiales para el cumplimiento de la prestación concedida (…)”

Por su parte, el artículo. 44 ET, indica que, “1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.. 2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o

accesoria.. 3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos intervivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas (…)"

El TS Sala 4ª, en Sentencia de fecha 29 de mayo de 2008, ha analizado la aplicación y efectos de esta norma, reflejando el estado actual de la interpretación jurisprudencial de la normativa comunitaria al respecto, por lo que debido al interés que suscitan sus fundamentos de derecho para nuestras conclusiones pasamos a reproducirlos íntegramente. "Si en el supuesto en él enjuiciado se ha producido o no una sucesión de empresas de las que prevé y regula el artículo. 44 del ET, habida cuenta que si nos encontramos ante uno de los cambios de titularidad que se recogen en este artículo. 44 no cabe duda que las actoras han pasado a prestar servicios con toda licitud para la compañía Ecolimpieza Extremadura SL y por tanto su demanda tiene que ser desestimada; mientras que, si el cambio operado no puede encontrar cobijo en ese precepto del Estatuto de los Trabajadores, no existiría un supuesto de sucesión de empresa y por consiguiente las actoras no estarían obligadas a aceptar la titularidad de la nueva entidad, lo que conduciría al favorable acogimiento de la demanda.

Y a la vista de la jurisprudencia de la Sala, dictada en interpretación del referido artículo. 44 del ET y de las Directivas de la Unión Europea número 77/87/CEE del Consejo de 14 de febrero de 1977, la número 98/50/CEE del Consejo de 29 de junio de 1998, y la número 2001/23/CEE del Consejo, es forzoso concluir que el caso de autos no encuentra acomodo en el ámbito normativo del artículo. 44 mencionado, pues no se trata de un verdadero supuesto de sucesión de empresas; de lo que se desprende que la demanda inicial debe ser estimada, así como también el recurso de casación unificadora que estamos analizando. Las razones que respaldan esta conclusión son las que seguidamente se consignan.

1).- La jurisprudencia tradicional de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo vino manteniendo desde hace varios lustros que para que exista la transmisión de empresas regulada en el artículo. 44 del ET no basta con el hecho de que trabajadores de una entidad empresarial pasen a prestar servicio a otra compañía diferente, pues es de todo punto necesario además que se haya producido "la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación". Este criterio se ha mantenido en las sentencias de 5 de abril de 1993 , 23 de febrero de 1994, 12 de marzo de 1996, 25 de octubre de 1996 , 15 de diciembre de 1997 , 27 de diciembre de 1997 , 24 de abril de 1998 y 17 de julio de 1998; así como en las más recientes 29 de febrero del 2000 , 30 de abril del 2002 (ésta dictada en Sala General), 17 de mayo del 2002 , 13, 18 , 21 y 26 de junio del 2002 , 9 de octubre del 2002, 13 de noviembre del 2002, 18 de marzo del 2003 y 8 de abril del 2003 , entre otras.

Pues bien, en el caso de autos no consta transmisión patrimonial de clase alguna a favor de Ecolimpieza Extremadura SL, pues lo único que se aprecia es la cesión de la actividad de limpieza y de la plantilla de limpiadoras. Por tanto, según esta doctrina

jurisprudencial no es posible considerar que el supuesto enjuiciado se incardina en el artículo. 44 del ET .

2).- Es cierto que esta doctrina ha sido reformada a partir de la sentencia de esta Sala de 20 de octubre del 2004, a la que siguieron las de 21 de octubre del 2004 (rec. 5073/2003), 27 de octubre del 2004 (rec. 899/2002) y 26 de noviembre del 2004 (rec. 5071/2003), las cuales aceptaron los criterios que, respecto a la sucesión o transmisión de empresas, ha establecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en diferentes sentencias, entre las que cabe mencionar las de 11 de marzo de 1997 (caso Süzen) , 10 de diciembre de 1998 (caso Hernández Vidal), 10 de diciembre de 1998 (caso Sánchez Hidalgo) , 2 de diciembre de 1999 (caso GC Allen) , 26 de septiembre del 2000 (caso Didier Mayeur) , 25 de enero del 2001 (caso Liikenne), 24 de enero del 2002 (caso Temco) y 20 de noviembre del 2003 (caso Carlito Abler) .

Conviene recordar que el artículo- 1-a) de la Directiva 98/50 CE del Consejo de 29 de junio de 1998, que modificó la Directiva 77/187/CEE del Consejo de 14 de febrero de 1977, establece que "la presente Directiva se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión"; y el apartado b) de este artículo. 1º de dicha Directiva precisa que "sin perjuicio de lo estipulado en la anterior letra a) y de las siguientes disposiciones del presente artículo, se considerará traspaso en el sentido de la presente Directiva, el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria". Estos mismos preceptos se reproducen en los apartados a) y b) del artículo. 1º de la Directiva 2001/23 / CE del Consejo de 12 de marzo del 2001.

Estas normas comunitarias dieron lugar en nuestro país a la modificación del artículo. 44 ET que dispuso la Ley 12/2001, de 12 de julio. Esta Ley no modificó la dicción inicial del número 1 de este artículo.44, con lo que sigue diciendo esta norma que "el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior...". Pero sí introdujo en este artículo. 44 un nuevo número 2 en el que se establece lo siguiente: "A los efectos de lo previsto en el presente artículo se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria".

Según se desprende de lo que ordenan las normas comunitarias y estatales que se acaban de reseñar, es evidente que para que se pueda apreciar la existencia de sucesión de empresa, conforme a las mismas, es de todo punto necesario que se haya producido la transmisión de una "entidad económica" formada o estructurada por "un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica". Es claro, por consiguiente, que si no se produce la cesión de ese conjunto de medios organizados difícilmente podrá existir traspaso o sucesión de empresas. De ahí que,

en principio, no puede calificarse de traspaso o sucesión de empresa la mera cesión de actividad o la mera sucesión de plantilla.

Llegados este punto, es necesario traer aquí a colación los siguientes criterios y pautas sentados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con la materia que tratamos:

A).-"La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada", debiéndose tener en cuenta que "el concepto de entidad hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio" (sentencia 11 de marzo de 1997, Súzen , fundamento 13; sentencia de 10 de diciembre de 1998, Hernández Vidal, fundamento 26; sentencia de 10 de diciembre de 1998, Sánchez Hidalgo , fundamento 25; sentencia de 2 de diciembre de 1999, Allen , fundamento 24; sentencia de 25 de enero del 2001, Liikenne, fundamento 31; sentencia de 24 de enero del 2002, Temco , fundamento 23; y sentencia de 2º de noviembre del 2003, Carlito Abler, fundamento 30).

B).-" Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades" (sentencia Süzen fundamento 14, sentencia Hernández Vidal fundamento 29, sentencia Sánchez Hidalgo fundamento 29, sentencia Allen fundamento 26, sentencia Didier Mayeur fundamento 52, sentencia Liikenne fundamento 33, sentencia Temco fundamento 24, y sentencia Carlito Abler fundamento 33).

C).-"La mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica. En efecto, una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa" (sentencia Süzen fundamento 15, sentencia Hernández Vidal fundamento 30, sentencia Sánchez Hidalgo fundamento 30, sentencia Allen fundamento 27, sentencia Didier Mayeur fundamento 49, y sentencia Liikenne fundamento 34).

Aplicando al caso enjuiciado en la presente litis las consideraciones y criterios que se expresan en los párrafos anteriores, es forzoso sostener que en el mismo no concurren los requisitos y elementos necesarios para que se pueda apreciar la existencia de transmisión o sucesión de empresa, habida cuenta que en él tan sólo se ha producido una cesión de actividad (la actividad de limpieza), y la mera cesión de actividad, sin ir acompañada de la transmisión de otros elementos, no constituye

ningún traspaso o sucesión de empresa. Como se acaba de indicar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea precisa con toda claridad que" una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa".

Se estima conveniente recordar aquí la ya lejana sentencia de 22 de enero de 1990, que abordó un caso igual al de autos relativo a la cesión por la empresa principal del servicio de limpieza que ella venía desarrollando en sus locales, a una empresa contratista, la cual sentencia explica muy claramente queden el presente caso no ha sido objeto de transmisión un conjunto de elementos patrimoniales de la empresa que como unidad organizada pueda servir de soporte a una actividad independiente, sino que, por el contrario, la cesión se limita únicamente a unos contratos de trabajo que pertenecen a la plantilla normal de la empresa y que no sólo carecen de cualquier sustantividad como sustrato productivo de una actividad autónoma, sino que, incluso, desde el momento inicial de la pretendida transmisión aparecen funcionalmente ligados a la continuación de la actividad en la misma empresa".

En conclusión, por tanto, es claro que no puede afirmarse que se haya transmitido una entidad organizada, en cuanto que lo que se ha hecho es proceder a la cesión de un grupo de personas dedicadas a una determinada actividad dentro de una empresa, lo que por sí solo y en defecto de elementos probatorios que lo hubieran acreditado, no puede calificarse como tal, para decidir que lo transmitido constituye una entidad en el sentido en que viene requerido tanto por las Directivas comunitarias como por el artículo. 44 del ET.

3).- Es cierto que, las sentencias que se vienen mencionado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea han sostenido que "puede bastar, en determinadas circunstancias, con que el nuevo adjudicatario de la contrata se haya hecho cargo voluntariamente de la mayoría de los trabajadores que su antecesor destinaba especialmente a la ejecución de su contrata", (sentencia Süzen , fundamento 19), y por ello han afirmado que la entidad económica" puede mantener su identidad aún después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente en dicha tarea", (sentencias, Süzen fundamento 21, Hernández Vidal fundamento 32, Sánchez Hidalgo fundamento 32, Allen fundamento 29, Liikenne fundamento 38, y Temco fundamento 26). Pero esta doctrina y criterios no pueden ser aplicables al caso de autos, por cuanto que las especiales circunstancias que en él concurren, lo impiden. Tales circunstancias ponen de manifiesto, con nitidez, que no existe en el supuesto de autos la denominada" sucesión de plantilla" a que tal doctrina se refiere.

Con respecto a la figura de la "sucesión de plantilla", la mencionada sentencia de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo de España de 20 de octubre del 2004 , que asumió la aplicación en nuestro país de los criterios y decisiones de la jurisprudencia comunitaria a que venimos aludiendo, en orden a interpretar los mandatos del artículo. 44 del ET , ha establecido la siguiente e importante doctrina:"Lo decisivo, sin embargo, es que la solución de la sentencia recurrida no sólo es contraria a la doctrina de la Sala, como ella misma reconoce, sino que tampoco puede apoyarse en el criterio

de 'la sucesión en la plantilla' y ello por la sencilla razón de que es precisamente esa pretendida sucesión en la plantilla lo que se está aquí discutiendo. Lo que ha habido es una decisión de la empresa demandada IBERIA de transferir parte de su plantilla a otra empresa, fundándose en el pliego de condiciones de una concesión administrativa. Ahora bien, la decisión de una empresa de transferir su plantilla a otra no equivale a la asunción de plantilla que la doctrina comunitaria considera como un supuesto de transmisión de empresa, porque tal asunción tiene que ser pacífica, efectiva y real, y esto no sucede cuando se trata de una mera decisión unilateral de una parte, que, como es conocido, ha sido impugnada por un gran número de trabajadores".

Y es evidente que aplicando estas reglas y pautas al caso debatido en la presente litis, también se ha de concluir que no cabe hablar en él de la existencia de un supuesto "de sucesión de plantilla" a los efectos de que tratamos, toda vez que la asunción de la plantilla de limpiadoras por Ecolimpieza Extremadura SL no es, en absoluto pacífica, pues la práctica totalidad de esas limpiadoras han presentado la demanda origen de este proceso en la que han solicitado se declare la nulidad de tal cesión. Lo cual obliga a concluir que no cabe apreciar la existencia de "sucesión de plantilla" en el caso enjuiciado.

4).- Por consiguiente, si no existe transmisión de elementos materiales y tampoco puede apreciarse la concurrencia de" sucesión de plantilla", en los términos y condiciones que la doctrina de la Sala requiere al objeto de que tratamos, es obvio que no puede sostenerse que exista en el caso de autos una sucesión de empresa de las que se regulan en el artículo. 44 del ET.

Conviene advertir por último que no es posible aplicar a las demandantes lo que establece el artículo. 6 del Convenio Colectivo de las empresas de limpieza de edificios y locales de la provincia de Badajoz (bien se tome en consideración el convenio publicado en el BOE de 3 de enero del 2004, cuya vigencia comprendió los años 2003 y 2004, bien el convenio publicado en el BOE de 25 de agosto del 2005, vigente en los años 2005 y 2005), pues éstas prestan sus servicios a una empresa hospitalaria, no a una empresa de limpiezas, y por consiguiente no se rigen por el convenio que se acaba de indicar.

TERCERO.- De todo lo expuesto se desprende que la sentencia recurrida ha vulnerado los preceptos y doctrina jurisprudencial consignados en los fundamentos de derecho precedentes, y por ello se ha de acoger favorablemente el recurso de casación unificadora entablado por las demandantes y ha de ser casada y anulada la sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura el 11 de julio del 2006."

En similares términos se expresa el TS Sala 4ª, en Sentencia de fecha 28 de abril de 2009.

Del mismo modo, el Tribunal Supremo Sala 4ª, en Sentencia de fecha 10 de diciembre de 2008, en su Fundamento de Derecho Quinto afirma que "la doctrina de esta Sala sobre la sucesión en la titularidad de Empresa, preceptuada por el artículo. 44 del

Estatuto de los Trabajadores (...) deja a salvo aquellos supuestos en los que, bien el pliego de condiciones, bien normas sectoriales dispongan otra cosa (…)".

En definitiva la resolución del contrato procede cuando se produzca un incumplimiento del contratista que afecte a la prestación objeto de concesión de servicios. La concurrencia de incumplimientos respecto a los trabajadores y proveedores en tanto no se configura formalmente en el Pliego y en el contrato como causa de resolución, en la medida en que no afecte a la prestación contratada no legitimaría la resolución contractual, si bien en cuanto que tales incumplimientos del contratista-concesionario, repercutieran en el normal funcionamiento de la concesión, podrían determinar dicha posibilidad , en los términos que se han expuesto anteriormente.

Por tanto, y en cuanto a los efectos de la resolución del contrato concesional en el ámbito de la relación laboral concesionario-trabajadores, hemos de concluir que la condición de persona pública de los Ayuntamientos que, mediante contratación administrativa, hayan adjudicado la realización directa e inmediata de los servicios de Centro de Día y Pisos Tutelados, no les exime y podrán ser obligados por los trabajadores perjudicados a responder solidariamente con los contratistas incumplidores de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por éstos con sus trabajadores durante el período de vigencia de la contrata, así como, de las referidas a la Seguridad Social en el caso de que no se hayan cerciorado de que aquéllos no estaban al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de Seguridad Social (artículo. 49.1. d) LCSP), incumbiendo la prueba de no estar incurso en prohibición de contratar a la empresa contratista, a través de certificación administrativa (artículo. 62.1 LCSP). Todo ello sin perjuicio de la nulidad en que puedan incurrir tales contratos, que entendemos que en ningún caso alterará esta responsabilidad de la Administración comitente respecto a los trabajadores del contratista, pues no puede la Administración ampararse en sus propios incumplimientos para eludir la aplicación del artículo. 42 ET.

Finalmente en cuanto a los efectos respecto a los proveedores, no existe ninguna norma que determine la responsabilidad del Ayuntamiento respecto a los terceros del contratista, salvo en el caso de que concurra aval o garantía formal sobre el mismo.

D)POSIBILIDAD DE QUE LOS AYUNTAMIENTOS PUEDAN PAGAR DIRECTAMENTE A PROVEEDORES Y TRABAJADORES CON LAS SUBVENCIONES DEL SEPAD, TASAS DE ATENCIÓN …

Como apuntamos en el apartado B) del presente, en caso de secuestro o intervención del Servicio, por el Ayuntamiento, este asumirá directamente la gestión del servicio concedido, lo que supone utilizar, como decíamos, el mismo personal y material del concesionario, que permanece integrado en la empresa concesionaria, aunque bajo la dirección de aquélla, que interviene la empresa a través de un "Interventor Técnico", que podrá ser o no funcionario de la Corporación, y que sustituirá, plena o parcialmente, a los elementos directivos de la empresa.

Por tanto, la gestión o funcionamiento del servicio se asume, pues, por el Ayuntamiento, pero la explotación corre "por cuenta y riesgo del concesionario".

Aquél se encarga, por ello, de percibir los derechos establecidos, y al finalizar el secuestro, entregará al concesionario el saldo activo que resultare después de satisfacer todos los gastos, incluso los haberes del Interventor, y desde esta perspectiva de intervención administrativa del Servicio, consideramos que las relaciones mercantiles, laborales o de cualquier otro tipo, resultan imputables al contratista, sin que sea la Administración la que desplaza al titular del contrato en los derechos y obligaciones que se derivan de este.

En su consecuencia, tanto el personal como los proveedores y/o administraciones acreedoras seguirán considerando como su deudor tanto antes como durante la intervención al contratista-concesionario

En cuanto a la disposición de los ingresos propios del contrato, igualmente deberán ser abonados tanto por el Ayuntamiento. como en su caso por los usuarios al concesionario, fondos de cuya disposición habrá de disponer el Interventor del Servicio, pero por cuenta y riesgo del concesionario.

En definitiva y para concluir este apartado, por la Intervención del Servicio, desde el punto de vista contable, deberán tenerse en cuenta las siguientes prevenciones al objeto de se pueda entregar, en su caso, al contratista-concesionario, al finalizar el secuestro, el saldo activo que resultare después de satisfechos todos los gastos; incluso y en su caso, los haberes del interventor del servicio durante dicho secuestro (artículo 134 RSCL), así:

a) Capitulo de Ingresos:

- Subvención procedente de la Comunidad Autónoma, destinada a financiar los gastos del centro de día (Capitulo 4, Partida 450., Convenios con la CC.AA. en materia de Servicios Sociales).
- Tasas a usuarios del centro de día (Capitulo 3, Partida 311. Tasas por Servicios Asistenciales).

b) Capítulo de Gastos:

- Por gastos derivados de la gestión del centro de día al concesionario (Partida 223.227. -- trabajos realizados por otras empresas).

De lo anterior, materializado que ha sido el secuestro por el Ayuntamiento, procede contabilizar todos los gastos de gestión asumidos por la Entidad Local en el periodo de secuestro —ateniéndose en todo caso, al Pliego y contrato de Concesión— para lo cual procedería abrir cuenta no presupuestaria con la denominación «pagos pendientes de aplicación, por secuestro/intervención de la concesión: Centro de día». (Cuenta 40.001).

Finalizado el secuestro, procede su liquidación contable que arrojará un saldo deudor/acreedor, que se notificará a la concesionaria y producirá un derecho a favor de ésta (saldo acreedor) o en su caso, a favor del Ayuntamiento (saldo deudor), que como ingreso de derecho público, puede hacerse efectivo por la vía de apremio.

Concluso el secuestro por transcurso del plazo o por subvenir el concesionario a las causas que lo produjeron, emitirá éste una factura por el importe total de gastos de secuestro y que resultan de la liquidación de la cuenta «pagos pendientes de aplicación, por secuestro/intervención de la concesión: Centro de día «..... «

(40.001)», la cual se aplicará a la partida 223.227. —«trabajos realizados por otras empresas» del Presupuesto municipal—.

Si por el contrario, la concesionaria no atendiese el requerimiento municipal que motiva el secuestro, y en su consecuencia determinase la procedencia de la resolución de la concesión por parte del Ayuntamiento, acordada que sea ésta (artículo 206 y ss). y 264.2 LCSP), procederíamos a aplicar el gasto al Presupuesto Corriente, para lo cual y respecto a la contabilización de los gastos e ingresos ocasionados por la gestión temporal por la Entidad Local, se procedería a efectuar una modificación presupuestaria que asigne crédito a las partidas de gasto en cuestión (suministros, gastos de personal, mantenimiento del centro, asistencia continua,...).

Dicha modificación podría estructurarse como un crédito extraordinario, financiado con la baja del crédito de la partida 223.227.— Las partidas a crear serían:

EN EL PRESUPUESTO DE GASTOS:

233.143.— Nóminas del personal

233.160.09 Para la Seguridad Social del personal

233.221.99 Suministros, productos alimenticios, limpieza, agua, luz….

(CLASIFICACIÓN POR PROGRAMAS:

Área de Gasto 2: Actuaciones de Protección y Promoción Social.

23: Servicios Sociales y promoción social.

233: Asistencia a personas dependientes.)

(CLASIFICACIÓN ECONOMICA:

NOMINAS PERSONAL: 143.—Retribuciones otro personal

SEGURIDAD SOCIAL PERSONAL: 160.09 Seguridad Social

SUMINISTROS: 221.99 Suministros.)

EN EL PRESUPUESTO DE INGRESOS:

Respecto a los ingresos (tasas y subvenciones), la entidad local deberá contabilizarlos directamente en el presupuesto de ingresos (capítulos 3 y 4 respectivamente).

311. Tasa de Servicios Asistenciales.

450.02. Convenios con la CC.AA. en materia de Servicios Sociales.

E) SITUACIÓN DE LOS AYUNTAMIENTOS PARA CON LOS TRABAJADORES.. (¿HABRÍA SUCESIÓN DE EMPRESAS SI SE ACUERDA EL SECUESTRO O LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO?)

Nos remitimos a lo manifestado en el apartado C del presente, en relación de la posición de la Administración competente para con los trabajadores del contratista concesionario.

Por otra parte, la declaración de extinción de las concesiones administrativas, no supone, a nuestro juicio, y a salvo lo dicho en el repetido apartado C) y con la extensión que del mismo resulta, la subrogación de los Ayuntamientos o Administración competente, en las relaciones laborales y de Seguridad Social de los contratistas incumplidores, al considerar que no existe sucesión de empresa, ya que ésta requiere la concurrencia de determinados requisitos que no se dan, como son, que la transmisión se efectúe de mutuo acuerdo y referida a una entidad económica

que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria. (Véase Dir. 2001/23/CE del Consejo, de 12 marzo 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.)

A mayor abundamiento el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, Sentencia de 20 Ene. 2011, Ponente: Malenovský, J..Nº de Recurso: C-463/2009, señala:

"Es preciso reconocer, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que una actividad de limpieza, como la del procedimiento principal, puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra (véase, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Hernández Vidal (LA LEY 10938/1998) y otros, apartado 27; Hidalgo (LA LEY 133749/1998) y otros, apartado 26, y Jouini (LA LEY 132576/2007) y otros, apartado 32), y, por consiguiente, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común de limpieza puede, a falta de otros factores de producción, constituir una entidad económica (en este sentido, véase la sentencia Hernández Vidal (LA LEY 10938/1998) y otros, antes citada, apartado 27). No obstante, en este supuesto es preciso además que dicha entidad mantenga su identidad aun después de la operación de que se trate.

40. A este respecto, del auto de remisión se desprende que, con objeto de realizar directamente las actividades de limpieza de colegios y dependencias antes confiadas a CLECE, el Ayuntamiento de Cobisa contrató personal nuevo, sin hacerse cargo de los trabajadores anteriormente destinados a estas actividades por CLECE ni de ninguno de los activos materiales o inmateriales de esta empresa. En estas circunstancias, el único vínculo entre las actividades ejercidas por CLECE y las asumidas por el Ayuntamiento de Cobisa es el objeto de la actividad de que se trata, esto es, la limpieza de locales.

41. Ahora bien, la mera circunstancia de que la actividad ejercida por CLECE y la ejercida por el Ayuntamiento de Cobisa sean similares o incluso idénticas no es suficiente para afirmar que se ha mantenido la identidad de una entidad económica. En efecto, tal entidad no puede reducirse a la actividad que se le ha encomendado. Su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Süzen (LA LEY 12257/1997), apartado 15; Hernández Vidal (LA LEY 10938/1998) y otros, apartado 30, e Hidalgo (LA LEY 133749/1998) y otros, apartado 30). En particular, la identidad de una entidad económica como la controvertida en el asunto principal, que descansa esencialmente en la mano de obra, no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla.

42. De ello se desprende que, sin perjuicio de la eventual aplicación de normas de protección nacionales, la mera asunción, en el procedimiento principal, por el Ayuntamiento de Cobisa, de la actividad de limpieza encargada anteriormente a CLECE, no basta, por sí sola, para poner de manifiesto la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23.

43. Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que ésta no se aplica a una situación en la que un ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal.

Costas

44. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto,

FALLO

El Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

El artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que ésta no se aplica a una situación en la que un ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal. ”

F) ALTERNATIVAS DEL AYUNTAMIENTO EN LA CONTINUACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE DICHO SERVICIO, SEA POR GESTIÓN DIRECTA O BIEN MEDIANTE NUEVA CONVOCATORIA PARA CONCESIÓN DEL MISMO, Y REPERCUSIONES PARA CON LOS TRABAJADORES ACTUALES.

Al margen de la cuestiones competenciales de las que aquí se ha hablado, las cuáles deberían quedar fijadas y clarificadas desde la propia Comunicad Autónoma, lo cierto es que los centros de día, los pisos tutelados, las residencias de ancianos,... existen, están abiertas y, por regla general, constituyen un servicio deficitario, y más aún, para las mermadas arcas municipales. Por ello, aprovechando el destinatario de este informe nos permitimos sugerir que desde la FEMPEX se propicien formas diferentes de gestión de este tipo de centros.

Conviene a este respecto recordar el contenido del artículo 57.1 de la LRBRL: “La cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, tanto en servicios

locales como en asuntos de interés común, se desarrollará con carácter voluntario, bajo las formas y en los términos previstos en las Leyes, pudiendo tener lugar, en todo caso, mediante los consorcios o convenios administrativos que suscriban." No obstante lo establecido en el artículo 21 de la citada ley 5/1987 (Los ayuntamientos podrán constituir mancomunidades para la gestión de los servicios sociales y en este caso asumirán estos entes todas las competencias establecidas en el artículo anterior con respecto a los municipios que las integran.), consideramos más adecuada a los fines pretendidos de gestión de estos servicios sociales la figura del CONSORCIO.

Consorcio, que podría estar integrado no sólo por los municipios que voluntariamente se adhieran al mismo, sino también por la propia Junta de Extremadura, si así se quiere, y por las Diputaciones provinciales.

Piénsese que un organismo de este tipo podrá gestionar, bien directamente o bien indirectamente un número importante de centros de los municipios asociados; representando múltiples ventajas, tales como:

a) Si se gestionan directamente:

-Obtención de mejores precios en suministros y servicios mediante procedimientos de contratación o técnicas de licitación que conseguirían el abaratamiento de los productos y servicios ante una mayor cantidad de los mismos.

-Optimización de plantillas al poderse compartir para diversos centros determinados puestos de trabajo, consiguiéndose con ello un menor coste por centro.

-Mayor facilidad de traslados voluntarios de los usuarios de los centros.

b) Si se gestionan indirectamente:

-El numero de centros a adjudicar harían más atractivas las licitaciones de las concesiones; obteniéndose con ello un mayor número de participantes y por tanto, no sólo mejores ofertas económicas sino mejores ofertas de servicios a prestar por los adjudicatarios.

-Capacidad centralizada de inspección, control y seguimiento del cumplimiento de los contratos por parte de personal especializado del consorcio.....

Badajoz, mayo de 2011

La posibilidad de revisión de precios en la obra de Travesía N-435, ejecutada por la empresa G y G, GEA 21, y a requerimiento del Ayuntamiento de XX

ANTECEDENTES.

Con fecha XX de noviembre de 2011 tiene entrada en esta Oficialía Mayor, escrito de la Sra.Tesorera Provincial con el visto bueno del Diputado-Delegado del Área de Economía y Hacienda, acompañando documentación atinente a la cuestión objeto de consulta, para la emisión de informe que se interesa, conforme a lo epigrafiado en el encabezamiento.

FONDO DEL ASUNTO.

PRELIMINAR.-

De la documentación aportada resulta que el contrato en cuestión fue adjudicado el 30.01.2007, formalizado con fecha 26.02.2007 y levantada el acta de comprobación del replanteo el día 06.03.2007, por lo que las vicisitudes del meritado contrato se sujetaran a la normativa anterior a la vigente Ley de Contratos del Sector Público, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de meritada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Publico (LCSP), a cuyo tenor: "1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior."

PRIMERO.- Consecuencia de la aplicación de la normativa transitoria reseñada y en orden a la revisión de precios del contrato de obras que nos ocupa, habrá de estarse a lo dispuesto en el Capitulo Único del Titulo IV, artículos. 103 a 108 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (BOE de 21 de junio y 21 de septiembre de 2000), que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, con las modificaciones introducidas por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero y por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social.(TRLCAP)

En efecto el artículo 103 TRLCAP regula la procedencia y límites de la revisión de precios, estableciendo que:

«1. La revisión de precios en los contratos regulados en esta Ley tendrá lugar en los términos establecidos en este título cuando el contrato se hubiese ejecutado en el 20 por 100 de su importe y haya transcurrido un año desde su adjudicación, de tal modo que ni el porcentaje del 20 por 100, ni el primer año de ejecución, contando desde dicha adjudicación, pueden ser objeto de revisión.

2. En ningún caso tendrá lugar la revisión de precios en los contratos cuyo pago se concierte mediante el sistema de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción a compra a que se refiere el artículo 14, ni en los contratos menores.

3. El pliego de cláusulas administrativas particulares deberá detallar la fórmula o sistema de revisión aplicable y, en resolución motivada, podrá establecerse la improcedencia de la misma que igualmente deberá hacerse constar en dicho pliego».

Este precepto señala que la revisión de precios en los contratos públicos se producirá siempre, salvo que en el Pliego o en el contrato se haya previsto expresamente su improcedencia.

SEGUNDO.-De la documentación aportada para emisión del presente, resulta que el contrato de adjudicación de la obra de referencia de 26 de febrero de 2007, en su cláusula primera viene en reconocer carácter obligacional al pliego administrativo que sirvió para su adjudicación y lo integra en el contenido del mismo, resultando prevista en la claúsula 11ª del pliego, la revisión de precios del mismo, señalando: " En la ejecución de la obra a que se refiere el presente pliego, se aplicará la formula de revisión de precios que figura en el proyecto", y en este, se recoge la formula de revisión de precios, en el Anejo nº 15, y así dispone el artículo. 104 TRLCAP: "1. La revisión de precios se llevará a cabo mediante los índices o fórmulas de carácter oficial que determine el órgano de contratación. No obstante, en los contratos de obras y en los de suministro de fabricación el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, aprobará fórmulas tipo según el contenido de las diferentes prestaciones comprendidas en los contratos.

2. Las fórmulas tipo reflejarán la participación en el precio del contrato de la mano de obra y de los elementos básicos.

Estas fórmulas deberán ser publicadas en el Boletín Oficial del Estado y serán revisables cada dos años, como mínimo. De entre las fórmulas tipo el órgano de contratación, en el pliego de cláusulas administrativas particulares, determinará las que considere más adecuadas al respectivo contrato, sin perjuicio de que, si ninguna de las mismas coincide con las características del contrato, se propongan las fórmulas especiales, que deberán ser igualmente aprobadas por el Consejo de Ministros.

3. El índice o fórmula de revisión aplicados al contrato será invariable durante la vigencia del mismo y determinará la revisión de precios en cada fecha respecto de la fecha final de plazo de presentación de ofertas en la subasta y en el concurso y la de la adjudicación en el procedimiento negociado.

4. La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos aprobará los índices mensuales de precios, debiendo ser publicados los mismos en el Boletín Oficial del Estado.

Los índices reflejarán las oscilaciones reales del mercado y podrán ser únicos para todo el territorio nacional o determinarse por zonas geográficas."

Por su parte, el artículo. 108 del mismo Texto Refundido hace referencia al pago del importe de la revisión, estableciendo que «El importe de las revisiones que procedan se hará efectivo mediante el abono o descuento correspondiente en las certificaciones o pagos parciales o, excepcionalmente, en la liquidación del contrato, cuando no hayan podido incluirse en dichas certificaciones o pagos parciales."

Esta revisión de precios tiene carácter automático e indisponible para todas las Administraciones Públicas desde 1995, debiendo aplicarse para los contratos de obras las fórmulas oficiales. Para la Administración Local, las fórmulas de revisión de precios para los contratos de obras son las oficiales aprobadas por la Administración estatal sin que tenga ya competencia la Entidad Local de sustraerse a dichas reglas por ser disposición de ius cogens o indisponible para todos los Entes contratantes, y en nuestro caso, a los índices aprobados por las correspondientes ordenes del Ministerio de Economía y Hacienda, que para el presente aparecen publicadas en los boletines oficiales del Estado de 29.05.2007 nº 128; 2.08.2007. nº 184;16.01.2008. nº 14; 29.05.2008. nº 138; 13.11.2008, nº 274 y de 18.06.2009, nº 147.

Por tanto, cumplidos los plazos previstos para la revisión de precios (un año desde la adjudicación y un 20% de ejecución del contrato), ésta se aplicará de oficio por la Administración contratante, sin necesidad de que el contratista realice instancia alguna al efecto. De lo contrario, si no se aplicase, se podría producir un enriquecimiento injusto de la Administración, al no garantizar el equilibrio económico de los contratos.

CONCLUSIÓN: La revisión a que se refiere el presente, y en los términos señalados, deberá ser aplicada de oficio por el Ayuntamiento de XX desde que concurrieron los elementos reglados, motivo por el cual, la solicitud debe tener necesariamente carácter retroactivo a ese momento procedimental, pues de lo contrario se produciría un claro enriquecimiento injusto por la Administración, que es el problema que quiere evitarse con la actual regulación de la revisión de precios.

Este es el informe del Oficial Mayor, en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para con lo interesado por el Sr. Diputado Delegado del Área de Economía y Hacienda de esta Diputación Provincial, en relación con la cuestión sometida a consideración por el Ayuntamiento XX, el que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente, resolverá lo pertinente.

Badajoz, noviembre de 2011

Posibilidad de anulación de expediente de contratación

ANTECEDENTES DE HECHO

Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y recurso de reposición planteado por particular contra expediente de licitación de solar

FONDO DEL ASUNTO

Respecto a la posibilidad de anular el procedimiento de licitación, el artículo 32 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, establece las causas de nulidad de derecho administrativo:

- Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.
- La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 49.
- La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.

No parece que ninguna de las causas establecidas en el citado precepto pueda ser aplicable al caso que se nos plantea; por tanto, no cabe la nulidad del proceso.

Ahora bien la propia Ley 30/2007, en su artículo 139 regula el desistimiento y la renuncia, que analizaremos si es posible su aplicación al caso concreto planteado.

Artículo 139. Renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración.

1. En el caso en que el órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, o decida reiniciar el procedimiento para su adjudicación, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el Diario Oficial de la Unión Europea.

2. La renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación provisional. En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.

3. Sólo podrá renunciarse a la celebración del contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia.

4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia

de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación.

De la lectura de este precepto tan sólo cabría plantearse como posibilidad de aplicación el desistimiento, basándolo en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, y toda vez que aún no se ha producido la adjudicación, como exige el citado artículo 139.

Por tanto, y como conclusión, salvo que estuviéramos ante algunas de las causas enumeradas en el artículo 32 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, sin embargo sí podrá desistirse del procedimiento fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa.

Badajoz, abril de 2011

Composición de la Mesa de Contratación.

ANTECEDENTES:
En el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares se contiene la disposición sobre la composición de la Mesa de Contratación con referencia a la normativa reguladora de esta materia: Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público y RD 817/2009, de desarrollo parcial de la Ley 30/2007; procediéndose a continuación a la designación nominal de cada miembro.
Entre la aprobación del Pliego de Cláusulas y la celebración del primer acto de la Mesa se ha producido el traslado de la Secretaria a otro Ayuntamiento, procediéndose a la designación de la única funcionaria administrativa como Secretaria accidental.
En el primer acto de la Mesa uno de los vocales, un miembro corporativo, pone de manifiesto que existe , según su opinión, una irregularidad en la composición de la Mesa al formar parte de ella como vocal y como secretaria la funcionaria municipal que ha sido nombrada secretaria accidental.
Texto de la cláusula del Pliego sobre composición de la Mesa:
"La Mesa de Contratación, de acuerdo con lo establecido en el punto 10 de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en relación con el artículo 21.2 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público estará presidida por un miembro de la Corporación o un funcionario de la misma y actuará como Secretario un funcionario de la Corporación. Formarán parte de ella, al menos cuatro vocales, entre los cuales estará el Secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el Interventor, así como aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la Corporación, o miembros electos de la misma.
Conforman la Mesa de Contratación los siguientes miembros:
-D. XXX, que actuará como Presidente de la Mesa.
-Secretario-Interventor del Ayuntamiento de XXX, Vocal.
-D. XXX, Vocal Titular. Dª Mª XXX, Vocal Suplente.
-Dª XXX, Vocal.
-Dª XXX, Vocal.
-Dª Mª XXX, que actuará como Secretaria de la Mesa.
FONDO DEL ASUNTO:
Conforme al apartado 10 la Disposición Adicional segunda de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), la Mesa de contratación en la Corporaciones Locales estará presidida por un miembro de la Corporación o un funcionario de la misma, y formarán parte de ella, como vocales, el Secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y

el Interventor, así como aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la Corporación, o miembros electos de la misma, sin que su número, en total, sea inferior a tres. Actuará como Secretario un funcionario de la Corporación. En las entidades locales municipales podrán integrarse en la Mesa personal al servicio de las correspondientes Diputaciones Provinciales o Comunidades autónomas uniprovinciales.

Asimismo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 22.7 del RD 817/2009, por el que se desarrolló parcialmente la LCSP, "Para la válida constitución de la mesa deberán estar presentes la mayoría absoluta de sus miembros, y, en todo caso, el Presidente, el Secretario y los dos vocales que tengan atribuidas las funciones correspondientes al asesoramiento jurídico y al control económico-presupuestario del órgano".

La cuestión está en dilucidar si ante la imposibilidad absoluta de formar parte de la Mesa de la que fue titular de la Secretaría en el momento de la aprobación del Pliego por haber sido nombrada Secretaria en otra entidades local, resulta posible que dicho cargo sea desempañado por quien con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, ha sido nombrada secretaria accidental, dándose asimismo la circunstancia de que esta funcionaria municipal había sido designada como secretaria de la Mesa.

Es decir, son dos las cuestiones que subyacen en el fondo del asunto:

Si es posible la sustitución de un miembro de la Mesa si no ha sido designado por el órgano competente sustituto o suplente,

Si es posible acumular los dos cargos de la Mesa de Contratación de vocal como Secretario de la Mesa y Secretario de la Mesa como funcionario municipal.

Respecto a la primera cuestión hemos de decir que si bien la propia Ley 30/2007 no establece nada al respecto, debe advertirse sobre tal que el artículo 24.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, prevé la forma en que se producirá en los órganos colegiados la citada sustitución de los miembros del mismo, es decir, de la Mesa de contratación, no estableciendo la posibilidad de delegación de los vocales de los órganos colegiados y al no establecer tal posibilidad la Ley de Contratos del Sector Público resulta de aplicación aquella norma, por lo que únicamente cabe la posibilidad de designar vocales suplentes para cubrir aquellos supuestos en los que los vocales, cualquiera que fueran, puedan ser sustituidos. Por otro lado, y en este orden de cosas, decir que salvo modificación del propio Pliego por el órgano de contratación, no es posible la sustitución de un miembro de la Mesa designado nominalmente que no tuviese nombrado suplente.

Pero si observamos la composición de la Mesa contenida en el Pliego comprobamos que figura como uno de los vocales "Secretario-Interventor del Ayuntamiento de XXX, Vocal". Es decir, a diferencia de los otros miembros aquí no se ha hecho una designación nominal, sino sólo referida al cargo o puesto, el de Secretario-Interventor.

Por consiguiente si de forma accidental ocupa ahora el puesto de Secretaria-Interventora una funcionaria del ayuntamiento, deberá ser ésta vocal de la Mesa.

Respecto a la segunda cuestión debemos indicar que ya el derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, al regular del mismo modo la condición de vocal del secretario de la corporación, planteaba el mismo problema, es decir, posibilidad de "acumulación" por el Secretario de la Corporación de los puestos de vocal y secretario de la Mesa.
Nuestra opinión es que a falta de un desarrollo reglamentario, que a fecha de hoy no lo encontramos en el RD 817/2009 antes citado, en los supuestos en los que el único funcionario de carácter administrativo de la Corporación fuese el secretario-interventor, en este caso accidental, el mismo podrá actuar como vocal y como secretario en las mesas de contratación. Tal afirmación viene sostenida por lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que al regular la figura del secretario dispone que "Los órganos colegiados tendrán un Secretario que podrá ser un miembro del propio órgano o una persona al servicio de la Administración Pública correspondiente". Como podemos observar, dicho precepto admite de manera expresa que en los órganos colegiados, y la Mesa de Contratación lo es, un miembro o vocal de ese órgano pueda actuar como secretario.
Por consiguiente y como conclusión, afirmamos:
PRIMERO: La designación no nominal del puesto de vocal correspondiente al secretario de la corporación permite que ocupe dicho puesto la que ahora ha sido designado como Secretaria accidental de la Corporación.
SEGUNDO: El hecho de que dicha funcionaria haya sido designada nominalmente como secretaria de la Mesa no impide, en este caso concreto de no existir en el Ayuntamiento más funcionaria administrativa que ella, ocupar los dos puestos, el de secretaria y el de vocal de la Mesa.
No obstante lo anterior, y si esa Corporación así lo estimase y con el objeto de evitar inútiles polémicas y discusiones en el seno de la Mesa de Contratación que pudieran desembocar en la impugnación de los acuerdos adoptados por el órgano de contratación a propuesta de ésta, desde este Servicio de Asesoramiento y Asistencia se propone que por la Alcaldía de ese Ayuntamiento se nos solicite, en virtud de lo dispuesto en los artículo 5 y 36 del RD 1732/1994, de 29 de julio, la designación en comisión circunstancial de un funcionario con habilitación de carácter nacional adscrito a nuestro Servicio para los únicos efectos de formar parte de la Mesa de Contratación como Secretario-Interventor.

En Badajoz, mayo de 2011

Recurso de reposición planteado contra un Pliego de Cláusulas Administrativas particulares

ANTECEDENTES:

Se ha presentado por abogado en ejercicio recurso de reposición contra Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para contrato Mixto de Obra y suministro.
FONDO DEL ASUNTO.
En las fases de preparación y adjudicación de los contratos es esencial tanto la determinación de "interesados" en el régimen de recursos administrativos como el control jurisdiccional, ya que los procedimientos de recurso precontractual tienden a asegurar el cumplimiento de la legislación de contratos públicos. En este sentido, la determinación de las personas que pueden interponer los recursos procedentes es una cuestión básica, lo que nos conduce tanto al régimen de la legitimación activa establecido en las leyes procesales como a la condición de interesado en régimen de los recursos administrativos.
Así, por un lado, el artículo 31 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) establece en términos generales el concepto de interesado:
"1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:
A) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.
B) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.
c) Aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.
2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca.
3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento."
Por otro lado, en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el factor clave -además de la titularidad de un derecho- es la noción de interés legítimo. Así, su artículo 19 establece: (artículo 19.1.a) .
Artículo 19.
1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:
Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.
……

4. Las Administraciones públicas y los particulares podrán interponer recurso contencioso-administrativo contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público sin necesidad, en el primer caso, de declaración de lesividad.

Por su parte, la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, en su artículo 312, añadidlo por la Ley 34/2010, si bien referido al recurso especial en materia de contratación, establece:

"Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso."

En definitiva, lo que ha de dilucidarse es si el recurrente, abogado en ejercicio, ostenta esa legitimación exigida para poder interponer el recurso de reposición en cuestión; es decir, si es titular de algún derecho o interés legítimo que el contenido del Pliego pudiera vulnerar.

Existe numerosíma jurisprudencia del Tribunal Supremo como de los Tribunales Superiores de Justicia sobre la legitimación para impugnar las decisiones en materia de contratos públicos. También el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la legitimación para recurrir actos relativos a contratos públicos con ocasión de recursos de amparo.

Así, la jurisprudencia del TS sobre la legitimación activa para recurrir en materia contractual, fija un criterio general basado en la participación en la licitación, que, sin embargo, es matizado para dar entrada a quienes ostentan un interés legítimo o representativo, aún cuando no hubieran participado, debiendo apreciarse tal interés en cada caso.

A) Regla general: sólo puede impugnar las decisiones en materia contractual aquella persona que participó en la licitación, con la consecuencia de la inadmisión de los recursos de quienes no participaron

De acuerdo con la jurisprudencia del TS, la regla general para ostentar un interés legítimo que dote a una persona de legitimación para recurrir la licitación o adjudicación de un contrato público reside en su participación en la licitación, ya que sólo quien ha sido parte en el procedimiento contractual puede obtener un beneficio en el caso de que prospere el recurso entablado. En cambio, no existe acción pública en materia contractual, por no existir norma legal que la disponga, por lo que no está legitimada para recurrir la persona que actúa en defensa de la legalidad. No obstante, es preciso tener en cuenta dos momentos precontractuales distintos, la convocatoria o pliegos de licitación y la adjudicación del contrato, respecto de los que puede jugar de forma dispar la condición de la participación en la licitación como requisito para ostentar un interés legítimo que otorgue legitimación para recurrir. Así, las Sentencias del Tribunal Supremo siguientes:

STS de 20 de julio de 2005:

"Tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (SS. 7-3-2001, citada por la de 4-6-2001),

por cuanto quienes quedan ajenos a la misma, en principio no resultan afectados en sus derechos e intereses, si bien no puede perderse de vista que la determinación de la legitimación, en cuanto responde a los intereses que específicamente estén en juego en cada caso, ha de efectuarse de forma casuística, lo que tiene una proyección concreta en los supuestos de procedimientos de concurrencia, en los cuales la condición de interesado no deriva de la genérica capacidad para participar en los mismos sino de la actitud de los posibles concursantes respecto del concreto procedimiento de que se trate, es decir, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participado en el procedimiento o de cualquier otro modo, sin que pueda desarticularse la impugnación de la convocatoria del concurso por quien no participa en razón de las propias condiciones en que es convocado".

STS de 17 de mayo de 2005

"De ahí que la jurisprudencia venga exigiendo con carácter general para reconocer la condición de interesado a efectos de impugnación de la resolución por la que se adjudica un contrato administrativo, que el recurrente haya participado en el concurso o sistema de adjudicación de que se trate (SS. 30-6-97 y 4-6-2001), pues no pueden hacerse valer para impugnar un determinado acto administrativo intereses que, por no integrar el contenido del acto, no son susceptibles de pronunciamiento alguno en el proceso de que se trate y, por lo tanto, no pueden servir de fundamento para invocar la legitimación activa en el proceso.

En este caso concreto, frente a la resolución del concurso, pueden hacerse valer cuantos derechos correspondan a los participantes en relación con la adjudicación del contrato, lo que incidirá en la selección del contratista, pero no caben pronunciamientos sobre la decisión de convocar el contrato y atender de esa forma al interés público afectado por el mismo que se plasmaron en actos anteriores, que no son objeto del proceso."

Por tanto, la persona que no ha presentado proposición alguna ni ha tenido participación alguna en la licitación carece de interés legítimo y, en consecuencia, no está legitimada para recurrir la adjudicación del contrato. Así lo declara la STS de 10 de julio de 2006.

STS de 4 de junio de 2001, que declaró inadmisible el recurso contra la convocatoria de concurso para la adquisición, instalación, cableado y puesta a punto de equipamiento técnico auxiliar necesario para la cobertura por TVE de los partidos del Mundial-1982.

STS de 7 de diciembre de 2004, que confirma la sentencia que declaró inadmisible el recurso interpuesto contra acuerdo municipal sobre adjudicación a una empresa de la terminal de transportes de mercancías por quien ni había impugnado la convocatoria ni participado en el procedimiento de adjudicación.

B) Excepciones. Matización o complemento: legitimación para impugnar la convocatoria o pliego de quien teniendo interés legítimo no ha participado en el concurso y su posible irradiación a la adjudicación

La anterior regla general, en cuanto tal, admite excepciones, según resulta de la jurisprudencia antes reseñada, que alude al hecho de que se haya consentido la convocatoria o pliego. Por ello, esa regla está matizada por la jurisprudencia, que ha reconocido interés legitimo y por tanto legitimación activa para recurrir a quien ha impugnado la convocatoria o el pliego, aunque después no haya participado en el procedimiento de adjudicación, e incluso ha admitido tal legitimación activa para la impugnación de la adjudicación cuando, pese a no haber participado en la licitación, se había impugnado la convocatoria o pliego. En el fondo, late el argumento de que no se puede obligar a participar en un procedimiento de adjudicación a quien ha impugnado la convocatoria por discrepar del pliego que la rige, por entender que es ilegal.

STS de 5 de julio de 2005 , que confirma la admisión del recurso interpuesto por una empresa contra el acuerdo municipal de aprobación definitiva de los pliegos de condiciones del concurso para la adjudicación del servicio de abastecimiento de aguas potables y mantenimiento de la red de alcantarillado, declarando que:

"Pues como adecuadamente la sentencia recurrida refiere, lo que se impugna es la convocatoria del concurso y no la adjudicación del mismo, y es obvio, como además razona la sentencia recurrida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción y la doctrina del Tribunal Constitucional, reconocer legitimación para impugnar el pliego de condiciones, a una empresa que puede participar en el concurso y que impugna unas cláusulas, que establecen determinadas condiciones favorables a unas determinada empresa, y que la sitúan por tanto a ella, en condiciones de desigualdad.

Sin que a lo anterior obste el que la parte recurrente alegue que el interés ha de ser especifico, actual, real y ni potencial o hipotético, pues ése es precisamente el interés que la parte recurrida aduce, y que no es otro, que el de participar en condiciones de igualdad con todos los posibles concursantes, y obviamente si así participa, tiene un interés concreto y real, como es, por un lado el participar en el concurso en condiciones de igualdad con las demás empresas, y por otro, tener derecho a obtener la adjudicación si reúne las condiciones exigidas y obtiene mejor puntuación que las demás empresas".

La STS de 29 de junio de 2006 revoca la sentencia de instancia y declara admisible el recurso interpuesto por una persona contra la convocatoria por Instituto de Vivienda de las Fuerzas Armadas de un concurso para la enajenación de viviendas militares.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 119/2008, de 13 de octubre, reconoce legitimación activa para recurrir convocatorias o pliegos de quienes ostenten interés legítimo aunque no hayan participado en la licitación.:

«En concreto, por lo que se refiere a la legitimación activa ante la jurisdicción contencioso-administrativa, hemos precisado que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real. Se trata de la titularidad

potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta (por todas, STC 52/2007, de 12 de marzo)

La Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público: La legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación

La Directiva 89/665/CEE, hoy modificada por la Directiva 2007/66/CE, sobre recursos pretende reforzar los mecanismos existentes destinados a garantizar, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, la aplicación efectiva de las Directivas comunitarias en materia de contratos públicos, en particular en la fase en que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse. Sólo establece los requisitos mínimos a los que deben responder los procedimientos de recurso establecidos en los ordenamientos jurídicos nacionales con el fin de garantizar el respeto de las disposiciones del Derecho comunitario en materia de contratos públicos. En cuanto a la legitimación, exige que los Estados miembros garanticen el acceso a los procedimientos de recurso, "como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministro o de obras (o de servicios) y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción" .

En su interpretación, el Tribunal de Justicia ha declarado que debe ser posible que una empresa interponga un recurso directamente contra las características discriminatorias de la licitación, sin esperar a que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato (apartado 30 TJCE 2004\37), pero que carece de legitimación activa para impugnar la adjudicación del contrato una persona que, estimando discriminatorias cláusulas de la licitación, no impugna ésta ni presenta oferta (STJCE de 12 de febrero de 2004).

Como vimos al inicio del presente informe, el artículo 312 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, añadidlo por la Ley 34/2010, si bien referido al recurso especial en materia de contratación, establece:

"Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso."

Así pues, el propio tenor literal del precepto muestra que se reconoce legitimación activa para recurrir no sólo a los que han participado en la licitación, pues los licitadores están siempre legitimados, sino también a otras personas que acrediten la titularidad de derechos o intereses legítimos que sean perjudicados o bien puedan ser afectados. En suma, están legitimados los licitadores, los perjudicados y los potencialmente afectados en sus derechos o intereses legítimos por el acto impugnado.

Por tanto, parece que la LCSP fija una legitimación más amplia y que parece ir más allá del doble criterio comunitario de interés en obtener el contrato y de perjuicio y debe interpretarse de acuerdo con el criterio extenso tanto del TJCE como del Tribunal

Supremo y del Tribunal Constitucional, de modo que la participación en la licitación no es condición inexcusable para ostentar un interés legítimo que otorgue legitimación activa para interponer el recurso especial en materia de contratación, por lo que alcanza también a los licitadores potenciales.

En definitiva, y como conclusión, estimamos que el argumento de ser asesor de empresas que pueden participar en el procedimiento de licitación promovido por el Ayuntamiento no constituye esa titularidad de derechos o intereses legítimos, pues como hemos visto a lo largo de la exposición, el común denominador en los diversos posicionamientos jurisprudenciales ha venido siendo esa relación material unívoca entre el recurrente y el objeto de la pretensión. En definitiva, contar con las condiciones subjetivas y objetivas exigidas en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, para poder participar en esa licitación; al margen de que al final se partícipe o no se partícipe. Condición que el recurrente no tiene.

En su consecuencia, se propone que por el órgano de contratación se desestime el recurso de reposición planteado por falta de legitimación del recurrente; sin que sea preciso entrar en los motivos o causas de impugnación presentadas en el recurso de referencia.

Badajoz, mayo 2011

Contrato para la explotación de cafetería-churrería en el que el Pliego de Cláusulas establecía que las obras quedarán a beneficio del Ayuntamiento

HECHOS.ANTECEDENTES

La cuestión sometida a informe es si una vez resuelto el contrato, determinados elementos muebles aportados por el adjudicatario quedan en beneficio del inmueble o, por el contrario, puede retirarlos el adjudicatario.

FONDO DEL ASUNTO

La cuestión sometida a informe es básicamente si determinados elementos aportados por el adjudicatario en un contrato de explotación de cafetería-churrería, deben ser considerados como mejoras al contrato y, en su consecuencia, a la finalización de la duración de dicho contrato deben quedar a beneficio del servicio objeto del contrato, teniendo en cuenta que en el Pliego de Cláusulas se establecía "las obras quedarán a beneficio del Ayuntamiento".

Respecto a la posibilidad de introducir mejoras en las ofertas de los licitadores, el artículo 131 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP), norma vigente en la fecha de tramitación del expediente de referencia, establece:

"1. Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.

2. La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

3. En los procedimientos de adjudicación de contratos de suministro o de servicios, los órganos de contratación que hayan autorizado la presentación de variantes o mejoras no podrán rechazar una de ellas por el único motivo de que, de ser elegida, daría lugar a un contrato de servicios en vez de a un contrato de suministro o a un contrato de suministro en vez de a un contrato de servicios."

Como vemos la LCSP, con carácter general, permite, cuando así esté previsto en el Pliego, la posibilidad de que los licitadores oferten mejoras sobre la prestación o prestaciones objeto del contrato, las cuales servirán como un elemento más de valoración de la oferta a los efectos de determinar cuál sea el adjudicatario.

Sin embargo, no contiene la LCSP determinación alguna de cuál sea el destino de tales mejoras al término del plazo de duración del contrato, ya que en estos casos debe ser el propio Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares el que fije y establezca esta estricta cuestión. En el caso concreto sometido a informe el Pliego contiene una cláusula en la que se establece que "las obras quedarán a beneficio del Ayuntamiento". Para lo que deba entenderse por obra deberemos acudir a la propia

LCSP, que su artículo 6.2 determina: "Por obra se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble."
Sin embargo de este concepto tan amplio o genérico aportado por la LCSP no siempre es fácil distinguir entre lo que sea estrictamente obra y lo que sean elementos o instalaciones. Es por ello, que acudiendo al artículo 335 del Código Civil nos encontramos con la distinción entre bien mueble e inmueble, y así, nos dice: "Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos.".
Por tanto, y como conclusión, siendo que en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares sólo se establece que "las obras quedarán a beneficio del Ayuntamiento", no determinando lo mismo sobre los bienes muebles o elementos accesorios que incorpore el adjudicatario para la prestación del servicio, consideramos, a la luz del referenciado artículo 335 del Código Civil, que los elementos que se citan, fregadero, mampara de separación y extractor de humo, no pueden ser considerados como mejoras en el sentido estricto de obras al poderse retirar sin menoscabo del inmueble.

Badajoz, julio de 2011

Negativa de entidad avalista a atender el requerimiento de pago del Ayuntamiento

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha XX y entrada en esta Institución Provincial XX , el Sr. Alcalde de XX (E.L.M.) interesa informe sobre el asunto epigrafiado, acompañando "dossier" de la documentación obrante en el expediente municipal, y que sirve de base para la emisión del presente como complementario a nuestro informe XXX por incumplimiento de contrato y procedimiento para ejecución de aval.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Como resulta del informe de referencia en los antecedentes, y en el último inciso del mismo se señalaba. " La devolución de la fianza constituida en su día por XX SLL, se le devolverá, previa petición de su representante, una vez constituida la de aquella que hubiera de sustituirla, cual es la prestada por XX SL"

Dicha sustitución en los instrumentos de garantía no se ha producido, y el Ayuntamiento de XX ante el incumplimiento de contrato por XX SL, como "subrogada" de la adjudicataria XX SLL, ha interesado de la entidad avalista de esta última la ejecución de los avales vigentes de esta y ante meritado requerimiento, se opone la entidad avalista a dicha ejecución mediante escrito de alegaciones aduciendo la ausencia de motivación de la ejecución interesada de los avales por el Ayuntamiento.

El contrato de que se trata, data del año XX, y en consecuencia todo su devenir, se habrá de ajustar a la normativa vigente en meritado año, es decir, el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas TRLCAP) y su Reglamento de aplicación (Real Decreto 1098/2001), así resulta de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Publico (LCSP), a cuyo tenor:

"1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

- Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior."

El artículo. 112 del TRLCAP, en su párrafo primero señala que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine.

El procedimiento para la resolución de los contratos está regulado en el artículo. 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP),que al respecto dispone:

"Procedimiento para la resolución de los contratos.
1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo. 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:

- Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.
- Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.
- Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.
- Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

2. Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente."
.Al respecto el referido artículo. 96 TRLCAP señala que en el supuesto de demora en la ejecución, si la Administración optase por la resolución, esta deberá acordarse por el órgano de contratación sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de este, el dictamen del Consejo de Estado u Órgano Consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.
Los efectos de la resolución del contrato son los previstos en el artículo. 113 TRLCAP, así, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.
En todo caso, el Acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida.
De la ejecución del Aval:
El aval se define en el artículo 1822 del vigente código civil. Se trata de un negocio jurídico mediante el cual el avalista se obliga a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo esté. En materia de contratación pública el aval tiene ciertas características especiales:
1º. Debe ser solidario respecto del obligado principal, con renuncia al beneficio de excusión respecto de los bienes del avalado. No es pues de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.830 del vigente código civil. En consecuencia el avalista no podrá oponer a la ejecución del aval que se persiga, con carácter previo, todos los bienes del avalado.
2º. Es pagadero al primer requerimiento de la entidad pública contratante, sin perjuicio de las acciones posteriores que correspondan al avalista frente al avalado conforme sus pactos, contratos y la normativa de aplicación.
3º. Respecto de la solidaridad rigen los preceptos de los artículos 1.137 a 1.148 del vigente código civil.

4º. El aval deberá ser de duración indefinida, hasta que el órgano de contratación resuelva sobre la extinción de la obligación garantizada y acuerde, en consecuencia, cancelar el aval.

Establecidas las características esenciales del aval como forma de garantía contractual, se debe mencionar lo siguiente:

1º.-La ejecución del aval constituido como forma de garantía, debe ser consecuencia de un previo procedimiento administrativo, donde se acredite debidamente las causas de la ejecución. No se ejecuta de forma automática al margen de cualquier género de procedimiento.

2º.-Este procedimiento debe tramitarse de acuerdo a las prescripciones generales de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Es por lo tanto de aplicación el Título IV del mencionado texto legal.

3º.-En este procedimiento es parte interesada el avalista, conforme dispone el artículo 46.2 TRLCAP

4º.-La incoación del procedimiento debe ser notificada a los interesados, es decir, al avalista y al avalado, que podrán acceder al expediente, aportar documentos, y realizar cuantas alegaciones estimen pertinentes. Todo ello en los términos del artículo 79 de la LRJAP-PAC. Todo ello, además y sin perjuicio de la posterior evacuación del preceptivo trámite de audiencia al interesado, previo a la resolución del procedimiento.

5. En el caso que nos ocupa, conforme al artículo. 47. 3.TRLCAP: " En los casos de cesión de contratos no se procederá a la devolución o cancelación de la garantía prestada por el cedente hasta que no se halle formalmente constituida la del cesionario."

Nos encontramos en el presente caso, ante el hecho de que el avalista formula una alegación consistente en interesar ser parte en el procedimiento y conocer las causas que dan lugar al requerimiento de ejecución de avales, a lo cual el Ayuntamiento ha de atender necesariamente, conforme a las normas de la LRJPA y así esta alegación debe ser expresamente contestada en virtud de lo dispuesto en el artículo 89 de la LRJAP-PAC.

Por tanto, en el caso que nos ocupa, provocará el inicio de un procedimiento separado, coetáneo y paralelo que no enervará el curso del principal.

Entendemos entonces que la forma correcta de actuar ante la alegación del avalista sería el instruir un procedimiento conexo al principal, consistente en otorgar un plazo al avalista para que examine el expediente y alegue lo que a su derecho convenga. De otorgarse tal posibilidad y mientras trascurre este plazo la instrucción del procedimiento principal podrá quedar en suspenso- si no estuviere concluido- siendo así que continuará desde el trámite en que se suspendió.

Por último, para hacer efectivos los avales, el Ayuntamiento de XXX, notificará a la entidad avalista correspondiente para que proceda hacer efectivo el aval, quedando obligada a ingresar en metálico en la Caja de la Corporación el todo o la parte que proceda de la cantidad garantizada, tal como establece el Artículo 56 del Real Decreto

1098/2001, de 12 de octubre (por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCAP).

La entidad avalista tiene el compromiso de pago – así resulta del contenido de los avales prestados - al primer requerimiento del Ayuntamiento, de la Caja General de Depósitos u órgano equivalente de las restantes Administraciones Públicas, con sujeción a los términos previstos en la Legislación de contratos de las Administraciones Públicas, en sus normas de desarrollo y en la normativa reguladora de la Caja General de Depósitos. Pues, el aval debe ser solidario respecto al obligado principal, con renuncia expresa al beneficio de excusión y pagadero al primer requerimiento de la Administración.

El artículo. 45 TRLCAP, al tratar de la "Preferencia en la ejecución de garantías.", dispone:

1 Para hacer efectiva la garantía definitiva, la Administración contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título en que se funde su pretensión.

Cuando la garantía no sea bastante para satisfacer las responsabilidades a las que está afecta, la Administración procederá al cobro de la diferencia mediante el procedimiento administrativo de apremio, con arreglo a lo establecido en las respectivas normas de recaudación"

De lo anterior, se deduce que la Administración está facultada para exigir por el procedimiento de apremio las responsabilidades a las que está afecta la garantía cuando esta no resulta suficiente. Por analogía, este procedimiento se podría emplear en aquellos casos en los que el avalista no respondiese a los requerimientos del Ayuntamiento, entendiendo que éste se podría dirigir tanto al deudor principal como al avalista, siguiendo los trámites previstos por el Reglamento General de Recaudación (RGR), aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, los cuales también rigen para el caso que la ejecución del aval no se produjese en el ámbito de un procedimiento de contratación, a la vista de lo señalado por el artículo 2.2 del Texto Refundido del la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo. De esta manera, constatada la no voluntad del avalista de cumplir con su obligación dineraria de manera voluntaria, se debe dictar la providencia de apremio y desarrollar el resto de trámites del procedimiento regulado en los artículos 72 y siguientes del RGR.

Badajoz, julio de 2011

Incumplimiento contractual

HECHOS. ANTECEDENTES

Con fecha XX marzo de 2011 el Ayuntamiento firma contrato con empresa privada para la actuación de tres orquestas durante las Ferias y Fiestas de 2011.

En una de las cláusulas de dicho contrato se establecía la posibilidad de su rescisión de mutuo acuerdo como consecuencia de un posible cambio de equipo de gobierno resultante de las elecciones de mayo de 2011. A tales efectos nuevo equipo de gobierno se mantuvo reunión con el organizador, llegándose a un acuerdo "verbal" de resolución del contrato.

Cada uno de los días de las Ferias y Fiestas se personó en el municipio quien decía pertenecer en cada caso a las respectivas orquestas. En los tres supuestos por la policía local se instó a su identificación y a la exhibición de documentos que acreditaran tanto la contratación como el alta en Seguridad Social por el organizador para esos días en el municipio de XXX.

FONDO DEL ASUNTO

No nos planteamos la validez o trascendencia jurídica de la resolución verbal del contrato dada la imposibilidad jurídica de la misma en el ámbito de la Administración pública, salvo los supuestos concretos en que pudiera derivarse un enriquecimiento injusto para la Administración, en cuyo caso retirada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido a prohibir.

En todo caso, de los hechos relatados parece derivarse una actitud de la mala fe del organizador por cuanto en los días inicialmente convenidos "destacó" a supuestos integrantes de las orquestas inicialmente contratadas pero no a las orquestas.

1.Tipo de Contrato.-El artículo 19.1 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP) establece que "los (contratos) que tengan por objeto la creación e interpretación articulística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo no tendrán carácter administrativo." A continuación, en su artículo 20 considera a estos tipos de contratos como "privados", disponiendo en su párrafo segundo lo siguiente: "Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado." Por consiguiente, y conforme al anterior precepto citado, el cumplimiento o incumplimiento de estos contratos no puede analizarse a la luz de la LCSP, sino conforme a las normas de derecho privado.

Sin embargo, por los datos aportados como antecedentes, el Ayuntamiento no ha contratado directamente con las orquestas, sino que a lo ha hecho a través de un organizador de espectáculos, XXX SL", con el que con fecha 18 de marzo de 2011 suscribió un mal denominado contrato privado y que no obstante la literalidad errónea del mismo, puesto que en diversas cláusulas se ha mención al "articulista"

como parte contratante, lo cierto es que XXX proporcionaría al Ayuntamiento la actuación de, según el texto del contrato, "ARTICULISTA: VARIAS 2011", y que se concretaban, según manifestaciones realizadas por el Ayuntamiento, en tres orquestas: XXX, XXX Y XXX.

En su consecuencia nos encontramos ante un contrato administrativo de servicios según el concepto del mismo contenido en el artículo 10 de la LCSP:

"Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II.".

Estando por tanto en presencia de un contrato administrativo de servicios, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19.2 de la LCSP, se regirá "en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. " Por consiguiente, respecto a su cumplimiento o incumplimiento se estará a lo que determine la propia LCSP.

2. Comprobación de datos .-Con arreglo a lo determinado en el artículo 3 de la Ley 42/1997, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, corresponde a ésta la vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales y reglamentarias en materia de Seguridad Social, la cual se extiende al campo de aplicación, inscripción, afiliación, altas y bajas de trabajadores, cotización, etc. Así mismo, el artículo 9.1 de la citada Ley 42/1997 establece que "Las Administraciones públicas y cuantas personas ejerzan funciones públicas vienen obligadas a prestar colaboración a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social cuando les sea solicitada como necesaria para el ejercicio de la función inspectora y a facilitarle la información de que dispongan."

En ejercicio de las arriba mencionadas competencias y por el deber de colaboración a que hace mención el citado artículo 9.1, la Inspección provincial de Trabajo y Seguridad Social, ha remitido a los Ayuntamientos de la provincia escrito de requerimiento de colaboración en el que, entre otras cosas se les indica:

"En el caso de que el Ayuntamiento hubiera concertado con un organizador de espectáculos públicos todos o algunos d ellos eventos incluidos en el programa de fiestas, sin perjuicio de las responsabilidades de este organizador en materia de Seguridad Social, el Ayuntamiento deberá comprobar, con carácter previo a la prestación de servicios, el cumplimiento por parte de dicho organizador de las obligaciones anteriores"

Estas obligaciones anteriores a las que se refiere el mencionado oficio de la Inspección son las siguientes:

- Inscripción como empresario, con código de cuenta de cotización (del organizador).

- Formalización de contrato entre organizador y trabajadores individuales (miembros d ella orquesta), en el que deberá constar tanto su completa identificación como la retribución percibida (individualmente o por grupo).
- Comunicación del alta previa de dichos trabajadores a la Seguridad Social y posterior cotización por los mismos de acuerdo con la normativa especifica existente en la materia.

En cumplimiento de este deber de colaboración con la Inspección de Trabajo, el Ayuntamiento, a través de la policía local vino exigiendo los respectivos días señalados para las actuaciones, a quienes decían ser miembros de cada una de las orquestas, la documentación a que se hace mención en el Oficio de la Inspección de trabajo, con resultado negativo en cada uno de los tres casos.

3.Incumplimiento del contrato.-De los datos expuestos en el punto anterior se infiere un incumplimiento contractual por parte del organizador. Pero es más, dado el objeto del contratado, actuación musical durante las fiestas de la localidad de 2011 (18, 19 y 20 de agosto), tal incumplimiento imposibilita un cumplimiento en momento distinto y posterior a las indicadas fechas.

Si bien no existe una causa específica de resolución en el artículo 206 de la LCSP como la que aquí se contempla, lo cierto es que no hay mayor causa de resolución que el incumplimiento total del contrato. A tales efectos conviene recordar lo que el artículo 1124 del Código Civil (CC) establece:

"La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria."

Por otro lado, aún, como hemos dicho, no contemplarse esta causa específica de resolución, incumplimiento total del contrato, podemos inferirla de dos preceptos de la misma:

Artículo 205.1: "El contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación."

Artículo 208.3 :"Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada."

4. Contrato menor.-El contrato suscrito entre el Ayuntamiento y el organizados tiene un precio de 16.880 € y un IVA de 3.038,40 € (18%). En su consecuencia, y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 122.3 de la LCSP, tiene la consideración de contrato menor al ser inferior a los 18.000 € que el citado artículo determina como límite para la utilización de este procedimiento de adjudicación. Así parece haberse configurado por el propio Ayuntamiento al no haberse tramitado un procedimiento de licitación pública, ya que el citado artículo 122 de la LCSP determina que "Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 95."

Como tal contrato menor le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 95.1 de la LCSP "En los contratos menores definidos en el artículo 122.3, la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan."

Ahora bien, como ha quedado de manifiesto, el organizador no ha cumplido el contrato ni existe posibilidad material de cumplimiento. Consecuentemente con ello no es posible que el mismo emita factura ni por el Ayuntamiento podrá realizarse ni este trámite de incorporación de la misma al expediente, ni, obviamente, su conformación y pago. Ya que como ha reiterado la Junta Consultiva de Contaminación Administrativa en alguno de sus Informes, la conformidad de la factura por la Administración equivale al acto formal de recepción exigido por el artículo 205 de la LCSP: "En todo caso, su constatación (del cumplimiento del contratista) exigirá por parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad"

Resumen de todo lo anterior es que nos encontramos ante un contrato menor de servicios, el cual ha sido incumplido por el organizador y que tal incumplimiento imposibilita el pago convenido.

Por tanto, lo adecuado y conveniente es estar a la espera de una posible presentación de factura por el organizador; que de producirse deberá ser rechazada "por incumplimiento de contrato".

En todo caso, ante una hipotética reclamación de pago por vía judicial, será determinante la acreditación por el organizador, no sólo del cumplimiento del contrato, cosa que ya hemos dicho que no se produjo ni puede producirse, sino de su intención de cumplirlo. Cuestión ésta que deberá acreditarse, entre otros, mediante la aportación de los documentos a los que hemos hecho mención en número 3 de nuestro informe.

Badajoz, septiembre de 2011

Reclamación previa a la vía judicial civil. Contratos

HECHOS. ANTECEDENTES
Los aportados por el contratista en su reclamación
FONDO DEL ASUNTO
Se plantea la reclamación por el particular al amparo de lo establecido en los artículos 122 a 124 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, en lo sucesivo), disponiendo EL Ayuntamiento de un plazo de TRES MESES para resolver, transcurrido el mismo sin que se notificara al reclamante la decisión adoptada podrá considerar desestimada su reclamación al efecto de formular la correspondiente demanda judicial (artículo 124.2 de la Ley 30/1992).
Tare su origen el presente asunto del presunto incumplimiento de contrato suscrito con organizador de espectáculos para la actuación de diversas orquestas durante las fiestas de la localidad en el mes de agosto de 2011. Asunto que fue informado por esta Oficialía mediante nuestro Informe 227/IJ/2011, remitido en su día al Ayuntamiento.
Las actuaciones a llevar a cabo por el Ayuntamiento vienen recogidas en los citados artículo 122 a 124 de la Ley 30/1992:
Artículo 122. Iniciación.
1. La reclamación se dirigirá al órgano competente de la Administración Pública de que se trate.
2. En la Administración General del Estado se planteará ante el Ministro del Departamento que por razón de la materia objeto de la reclamación sea competente. Las reclamaciones podrán presentarse en cualquiera de los lugares previstos por esta Ley para la presentación de escritos o solicitudes.
Artículo 123. Instrucción.
1. El órgano ante el que se haya presentado la reclamación la remitirá en el plazo de cinco días al órgano competente en unión de todos los antecedentes del asunto.
2. El órgano competente para resolver podrá ordenar que se complete el expediente con los antecedentes, informes, documentos y datos que resulten necesarios.
Artículo 124. Resolución.
1. Resuelta la reclamación por el Ministro u órgano competente, se notificará al interesado.
2. Si la Administración no notificara su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá considerar desestimada su reclamación al efecto de formular la correspondiente demanda judicial.
Nada más tendría que decirse desde esta Oficialía, salvo, en su caso, recomendar al Ayuntamiento que se adoptara resolución en el sentido que se recogió en nuestro referenciado informe.
Sin embargo, y como dato anecdótico, decir que existen algunas diferencias entre los documentos aportados en su día por el Ayuntamiento para la emisión del informe aludido y los aportados ahora por el reclamante, adjuntos a la reclamación . Así, por

ejemplo, la cuantía o precio del contrato difiere de la factura emitida por el contratista (Nº E-0023) y presentada en su día en el Ayuntamiento para el cobro. También no coinciden las "cláusulas generales" del contrato remitido por el Ayuntamiento con las aportadas por el reclamante como prueba.

Pero lo que más nos sorprende es que el reclamante aporta copia de un escrito firmado por el Alcalde y dirigido al contratista con fecha ___ de septiembre de 2010 (no consta registro de salida), en el que textualmente se dice "

"Adjunto remito Cheque correspondiente a parte de la factura Nº E-_____ de fecha ___ de agosto de 2010, por importe de ____ €".

Si tal circunstancia fuese cierta el planteamiento de la cuestión inicial sería diferente, por cuanto con el hecho de haber abonado parte del precio se está reconociendo el cumplimiento del contrato por el contratista o, en su caso, el derecho de éste a percibir el precio convenido por haber impedido el Ayuntamiento el normal cumplimiento.

Todos estos extremos deberán ser aclarados por el Ayuntamiento a la hora de dictar resolución sobre la reclamación previa a la vía judicial civil planteada por el contratista.

Badajoz, noviembre de 2011

Cambio de titularidad del adjudicatario de contrato de gestión de servicios públicos

CUESTIÓN PLANTEADA

Por el Ayuntamiento se adjudicó el contrato de gestión del centro día. El adjudicatario ha constituida una sociedad limitada unipersonal. Se plantea la posibilidad de transmitir los derechos y obligaciones dimanantes del contrato administrativo a esta nueva sociedad.

FONDO DEL ASUNTO

La Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP), en su artículo 133 regula la sucesión en el procedimiento, determinando lo siguiente:

"Si durante la tramitación de un procedimiento y antes de la adjudicación se produjese la extinción de la personalidad jurídica de una empresa licitadora o candidata por fusión, escisión o por la transmisión de su patrimonio empresarial, le sucederá en su posición en el procedimiento las sociedades absorbentes, las resultantes de la fusión, las beneficiarias de la escisión o las adquirentes del patrimonio o de la correspondiente rama de actividad, siempre que reúna las condiciones de capacidad y ausencia de prohibiciones de contratar y acredite su solvencia y clasificación en las condiciones exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación."

Como podemos observar, si bien la cuestión está referida a la extinción de la personalidad jurídica de una empresa por fusión, escisión o por la transmisión de su patrimonio empresarial, no es menos cierto que se está refiriendo a un momento anterior a la adjudicación, pues se refiere a empresa licitadora o candidata, y no a adjudicatarios.

La cuestión entonces debe solventarse a través d ella figura de la cesión del contrato, regulada en el artículo 209 de la LCSP:

"1. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato.

2. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión.
- Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 % del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato.
- Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.

- Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente."

Como vemos, para que pueda llevarse a efecto la cesión del contrato se exigen estos requisitos:

- Que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato.
- Que se tenga ejecutado al menos un 20% del contrato o que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato
- Que el cesionario tenga capacidad y solvencia, o clasificación si ésta fue exigida inicialmente.
- Autorización del órgano de contratación
- Formalización de la cesión entre adjudicatario y cesionario en escritura pública

Es el adjudicatario el que debe solicitar formalmente al Ayuntamiento la autorización previa para la cesión del contrato y éste comprobar los extremos o requisitos antes señalados. Una vez comprobado su cumplimiento el órgano de contratación podrá autorizar la cesión del contrato, notificándose así a las dos partes, cesionario y cedente, exigiendo al primero el depósito de la garantía definitiva correspondiente, por cuanto de conformidad con el artículo 90.5 de la Ley 30/2007, "en los casos de cesión de contratos no se procederá a la devolución o cancelación de la garantía prestada por el cedente hasta que se halle formalmente constituida la del cesionario".

Además de su elevación a escritura pública entre cedente y cesionario, documento en el que la Administración no es interviniente, será necesario que entre Ayuntamiento y cesionario se formalice documento contractual como adenda al contrato inicial en el que se recoja precisamente tal cesión y el hecho de que desde ese momento queda subrogado en los derechos dimanantes del contrato.

Autorizada la cesión, elevada a escritura pública y suscrita la adenda contractual, será ya el cesionario quien ocupe la posición de contratista adjudicatario debiendo cumplir las determinaciones del contrato.

Sin embargo, existe una cuestión que debe solventarse por vía interpretativa a través de sendos informes de la Junta Consultiva, y es la relativa a la experiencia.

En efecto, el informe número 48/1999, de 21 de diciembre de 1999, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, cuyo título es "Aplicación de la experiencia de las sociedades relativas a la ejecución de actividades en supuestos de fusión, escisión o aportación de rama de actividad que consta en certificados de referencias que figuran expedidos a nombre de las sociedades que se fusionan, escinden o aportan a otra sociedad una rama de su actuación deben entenderse propias de las entidades resultantes de la fusión, o de la escisión, o a la que se ha aportado la rama de actividad correspondiente, al servir para clasificar a dichas entidades y pueden ser presentadas en la licitación como propias aunque figuren expedidas a nombre de la entidad de donde derivan", está referido a la validez de la

experiencia en estos supuestos pero en momento anterior a la adjudicación, la fase de licitación, y por tanto no es de aplicación al supuesto de hecho contemplado en la consulta, en el que nos encontramos ante un contrato ya adjudicado, al parecer, a una persona física, la cual pretende su cesión a Sociedad Limitada Unipersonal en la que es el único socio y administrador.

Idéntico o parecido supuesto es el contemplado en el informe 15/99, de 21 de diciembre de 1999, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, y que, por tanto, no es aplicable tampoco al supuesto de hecho de la consulta.

No obstante, y a los efectos que al final indicaremos, ambos informes coinciden en afirmar que la experiencia de un licitador que se constituye, en este caso, en una Sociedad Limitada unipersonal, sirve o se traslada a esta nueva sociedad, siempre que pueda acreditarse la realidad de la aportación de la explotación empresarial a esta nueva entidad. como propia de ésta última, a los efectos de contratar con la Administración y de obtener la clasificación, siempre que pueda acreditarse la realidad de la aportación de la explotación empresarial o, en su caso, de la rama de actividad, a la nueva entidad.

Por tanto, y como conclusión, la cuestión planteada ha de solventarse en el ámbito de la cesión de contratos, sobre la cual ya hemos indicado arriba el modo de proceder regulado en el artículo 209 de la LCSP. Ahora bien a los efectos de acreditar la experiencia, o si se quiere la solvencia, de esta nueva empresa unipersonal creada por el adjudicatario inicial, consideramos que serían de aplicación los criterios sentados en los Informes de las Juntas Consultivas arriba mencionados.

Este es el informe de la Oficialía Mayor-Departamento de Asesoramiento y Asistencia Jurídica a las EE.LL- en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para el Ayuntamiento de XXX que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.

Badajoz, noviembre de 2011

Reclamación presentada en proceso de adjudicación de viviendas de promoción pública.

HECHOS. ANTECEDENTES

Realizada la calificación de las solicitudes de viviendas de protección oficial, un particular presenta escrito ante el Ayuntamiento alegando que sufrió error en uno d ellos datos aportados en el documento de solicitud.

FONDO DEL ASUNTO

Es el Decreto 115/2006, de 27 de junio, de la Comunidad Autónoma de Extremadura, el que regula el procedimiento de adjudicación de viviendas de promoción pública en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma. Así, en su artículo 11, sobre las Solicitudes de los interesados, que en su apartado dos determina que "Las solicitudes se formalizarán en modelo oficial aprobado por la Dirección de Vivienda que aparece en los Anexos del presente Decreto y que se facilitará en los Ayuntamientos correspondientes".

Según se nos indica por el Ayuntamiento de referencia, en dicho modelo oficial de solicitud se contiene el epígrafe 5.2 que textualmente dice" "Solicita emisión de un informe sobre el estado de su vivienda por técnico competente: SI NO". Epígrafe en el que el solicitante debe optar sencillamente por consignar SI o NO.

Por su parte, el artículo 11.4 del citado Decreto 115/2006 establece que "4. Corresponde al Ayuntamiento interesado la recepción de las solicitudes, así como la admisión a trámite de las formuladas dentro del plazo, ajustadas al modelo oficial y acompañadas de la totalidad de la documentación exigida al solicitante".

Asimismo, el propio artículo 11.4, en su párrafo segundo, nos dice:

"Caso de que la solicitud contuviera errores subsanables o se omitiera la presentación de algún documento, el Ayuntamiento concederá un plazo de diez días para la subsanación de los errores u omisiones a que hubiere lugar. Si transcurrido dicho plazo la solicitud o documentación adjunta no hubieran sido corregidas o completadas se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; si de la documentación presentada con la solicitud o de los datos en ella contenidos se dedujese falsedad o incumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 7, se dictará la oportuna resolución teniéndole por excluido del procedimiento, previa audiencia del interesado."

Es decir, siguiendo la pauta marcada por el artículo 71 de la ley 30/1992, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Decreto en cuestión otorga un plazo de diez días para la subsanación de errores o falta de documentos preceptivos. Sin embargo no debe confundirse error subsanable, que puede y debe ser detectado por el Ayuntamiento en este caso y para lo que otorga el citado plazo de subsanación, con lo que voluntariamente manifiesta el interesado en su solicitud, en este caso que no solicita emisión de un informe sobre el estado de su vivienda, y que de ningún modo tiene el Ayuntamiento herramientas o

información para poder dilucidar si se trata de un error o simplemente de eso, una declaración de voluntad del interesado de no considerar necesario el informe en cuestión. Por consiguiente no puede el Ayuntamiento otorgar ese plazo de subsanación porque, y como hemos dicho, no tiene elementos para considerar que de un error subsanable se trata.

Cuestión distinta hubiese sido que, durante ese plazo de diez a los que alude tanto el artículo 11.4 del Decreto 115/2006 como el artículo 71 de la Ley 30/1992, el interesado hubiese detectado tal declaración como un error, y así lo hubiese puesto de manifiesto al Ayuntamiento corrigiendo tal error, indicando "SI solicita emisión de un informe sobre el estado de su vivienda". En este caso, habiendo producido tales circunstancias, manifestación por el interesado y corrección del epígrafe 5.2 de la solicitud, estaríamos ante esa subsanación de errores regulada por los preceptos antes mencionados.

Ahora bien, la situación de hecho es bien distinta, el interesado hace esta manifestación de error fuera de ese plazo de diez días, que en puridad terminó el día 2 de noviembre de 2011. Siendo que el interesado manifiesta el error el día 13 de diciembre de 2011, no sólo más de un mes después de finalización del plazo de subsanación de errores, sino incluso después de que la Comisión Local de Adjudicación de viviendas sociales se reuniese y valorase las solicitudes presentadas.

Por tanto, y como conclusión, debe rechazarse la extemporánea solicitud de la interesada y, consiguientemente con ello, no sirve de base tal solicitud como alegación a la valoración realizada por la Comisión Local de Adjudicación

En todo caso, realizada la oportuna notificación al interesado, este tendrá abierta la vía que considere oportuna, alegaciones contra la valoración de la Comisión Local de Adjudicación o ante la Comisión Regional de Vivienda, o los recurso que considere oportuno contra las adjudicaciones de las vivienda.

Badajoz, diciembre de 2011

Extinción de contrato de obras y servicio determinado de trabajadora (arquitecta técnico) que se encuentra en estado de gestación.

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha XX.07.11 con registro de entrada en la Oficialía Mayor el XX.07.11, el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento XXX, solicita informe en relación con el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente:

"Que con fecha 21.07.2008 se firmó un contrato laboral con este Ayuntamiento por "Obras y Servicios Determinados" por un año, que finalizó el día 20.07.2008(documentos 1 y 2). Contrato que previa comunicación al trabajador, fue indemnizado según cláusula del contrato y dada de baja en la Seguridad Social (documentos 3,4 y 5).

Que con fecha 03.08.2009, se firma por ambas partes un nuevo contrato igualmente con fecha de terminación el día 02.08.2010 (documentos 6 y 7)

Con fecha 03.08.2010 se firma un nuevamente una prórroga del contrato por un período de 12 meses, que finaliza el día 02.08.2011

Es por lo que se solicita:

PRIMERO: El Ayuntamiento, no tiene intención de volver a prorrogar el contrato poniendo fin a la relación laboral con la fecha del mismo (02.08.2011); dada la situación económica en la que actualmente se encuentra actualmente, con una deuda de unos 500.000 euros aproximadamente y que no puede hacer frente a los gastos.

SEGUNDO: Que la trabajadora en cuestión, ha presentado un escrito en el que manifiesta encontrase en estado de gestación. Se desea saber, si esto es óbice o traba para poner fin al contrato que tiene fecha de finalización.

TERCERO: Los días que le correspondería por indemnización por la finalización del citado contrato.

FONDO DEL ASUNTO:

INTRODUCCIÓN

Los contratos por obra o servicio determinado suscitan en numerables ocasiones situaciones no deseadas para los Ayuntamientos (sobretodo desde el punto de vista económico) que se dan fundamentalmente por un lado, cuando no se cumplen los requisitos y características obligatorias para la celebración de estos contratos y que se tienen que plasmar en los mismos, y por otro, cuando existe una sucesión de contratos en el tiempo o concatenación de dos o más de éstos y con un mismo trabajador, que pueden traer como consecuencia que el Ayuntamiento tenga que reconocer a dichos trabajadores (contratados bajo esta modalidad contractual) como indefinidos, o incluso "fijo", bien de oficio o por reclamación de los trabajadores. Y son los juzgados y tribunales los que, continuamente dan la razón a los trabajadores en estos supuestos.

PRIMERO

En el presente caso, analizados los contratos sometidos a nuestra consideración desde el punto de vista formal, se puede observar que en los mismos no se detalla, describe, acota o delimita la obra/as o servicio/os para identificarlos con claridad, que además deben tener autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de Ayuntamiento, sino que de manera genérica y ambigua figuran las expresiones: "redacción proyectos municipales, valoración obra y otras similares" (en el primer contrato). O "redacción proyecto, memorias, valoración obras y otros" (2º contrato). Lo anterior conlleva que el contrato (o los contratos) se presuma por tiempo indefinido al haberse celebrado en fraude de ley, como así lo explicita el Artículo. 15.3 ET.

Asimismo, examinados los contratos individualmente ninguno ha tenido una duración superior a tres años, por lo que en este sentido la trabajadora no adquiriría la condición de fija, como así estipula el Artículo. 15.1 a) E.T.

Pero debemos detenernos en el asunto de la concatenación de contratos y acudir al Artículo. 15.5 ET por el cual "los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos". De lo anterior y analizada la documentación, en este caso cabe señalar que sí adquiriría la condición de trabajadora fija del Ayuntamiento.

En resumen, teniendo en cuenta lo dicho más arriba, sobre la posibilidad de que a la finalización del contrato (el 02.08.11) se haya producido un despido improcedente, puede deberse a varias causas que la trabajadora alegue en reclamación previa a la vía judicial: (se podrían intuir las pretensiones de dicha trabajadora en "el no conforme" de su puño y letra-ológrafo- cuando se le notificó la resolución de la alcaldía de 13 de julio por la que se le hace saber que el próximo día 02.08.11 finaliza su contrato, indemnizándole con 16 días, ocho días por año trabajado.). Resumiendo, y como decíamos estas causas serían:

-Fraude de ley, pues la obra/as o servicio/os no ha terminado, ya que no tienen autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad ordinaria del Ayuntamiento.; Es decir, la redacción de proyectos municipales, la valoración de las obras y las memorias se dan continuamente. . Esto supondría que el trabajador adquiera la condición de indefinido. (Artículo. 15.3)

-Fraude de ley, pues lo contratos no reúnen los requisitos y características que deben constar en los mismos, por lo que conllevaría que el trabajador adquiriera la condición de indefinido. (Artículo. 15.3 ET).

-Que haya adquirido la condición de "fija" conforme al Artículo. 15.5 antes aludido, al haber estado contratada en los durante un periodo de 30 meses, más de 24 mediante dos o más contratos temporales.

SEGUNDO.

Visto todo lo anterior, como lo que pretende el Ayuntamiento es poner fin a la relación laboral, lo más conveniente desde el punto de vista económico, es reconocerle el despido como improcedente desde la fecha en la que se le declara la extinción de su contrato (el 02.08.11), mediante resolución de la Alcaldía, con el abono de las indemnizaciones procedentes cuanto antes sin esperar al pronunciamiento de la sentencia, dado el "juego" de los salarios de tramitación del Artículo. 56 ET: Es decir:

Consignación judicial inmediata -en las 48 horas siguientes al reconocimiento del despido como improcedente de las indemnizaciones del Artículo. 56.1 ET: 45 días/año + prorrateo periodos inferiores a 1 año y el reconocimiento del despido improcedente (ya se le comunicó a la trabajadora la extinción del contrato con el preaviso pertinente mediante resolución de fecha 13.07.11).

Dada su importancia, pasamos a reproducir textualmente dicho Artículo. 56ET que regula el tema de las indemnizaciones:

1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación previstos en el párrafo b de este apartado 1, o el abono de las siguientes percepciones económicas que deberán ser fijadas en aquélla:

- Una indemnización de cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades.
- Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

2. En el supuesto de que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario, el contrato de trabajo se entenderá extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconociera la improcedencia del mismo y ofreciese la indemnización prevista en el párrafo a del apartado anterior, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste.

Cuando el trabajador acepte la indemnización o cuando no la acepte y el despido sea declarado improcedente, la cantidad a que se refiere el párrafo b del apartado anterior quedará limitada a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito, salvo cuando el depósito se realice en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengará cantidad alguna.

A estos efectos, el reconocimiento de la improcedencia podrá ser realizado por el empresario desde la fecha del despido hasta la de la conciliación.
3. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.
4.Si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a éste. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, ésta será obligada.
TERCERO.-
En relación a la primera cuestión planteada, sobre "...la trabajadora ha presentado un escrito en el que manifiesta encontrarse en estado de gestación. Se desea saber si esto es óbice o traba para poner fin al contrato que tienen fecha de finalización."
La información que tenemos es que la trabajadora está embarazada, pero no tiene una baja por enfermedad o por riesgo durante el embarazo, ni (obviamente) tampoco está disfrutando de la licencia por maternidad tras el particular. La previsión de dar a luz es en 2012 (marzo aprox.)
Como indica el Artículo. 45 1 d) ET el contrato de trabajo podrá suspenderse por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia de un menor de 9 meses, exonerándose de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo. Estas indicadas causas conllevan la reincorporación con reserva del puesto de trabajo. Asimismo el punto 5 de dicho Artículo. expresa que la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo finaliza el día que la madre inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora embarazada de reincorporarse a su puesto de trabajo o a otro compatible.
Por otro lado el Artículo. 55 del anterior, al tratar la forma y efectos del despido disciplinario, expresa en su punto 5,inciso 2º que el despido es nulo en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo por: riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, por maternidad, por enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia, etc. Y el despido nulo tiene como efecto la readmisión inmediata de la trabajadora, con abono de los salarios dejados de percibir.
La trabajadora no se encuentra en ninguno de los supuestos descritos y por tanto el "simple" hecho de estar embarazada no supone impedimento alguno para poner fin a su relación laboral.
CUARTO.-
En relación a la segunda cuestión, sobre "los días que le correspondería por indemnización por la finalización del citado contrato."
En el punto segundo del presente informe analizamos el Artículo. 56 del ET con las indemnizaciones procedente cuando el empresario (Ayuntamiento) opta por ellas y no por la readmisión.
En el presente caso las indemnizaciones serían 45 días por año trabajado. Teniendo en cuenta que por el primer contrato ya se le indemnizó con 8 días. Las indemnizaciones a consignar en el Juzgado Decano de lo Social de Badajoz en las 48 horas siguientes al

notificarle la resolución por la que se le reconoce el despido como improcedente (como el fin de no pagar los salarios de tramitación desde el despido hasta la notificación de la sentencia) son: 37 días por el primer año (45-8) + 45 días por el segundo año + 45 días por el 3º año. Total: 127 días. (s.e.u.o.)

CONCLUSIÓN

El Ayuntamiento (vía Decreto de la Alcaldía) debería reconocer el despido como improcedente desde la fecha en que se declara la extinción de su contrato (XX.08.11), con consignación judicial de las indemnizaciones señaladas. Por oto lado el hecho de encontrase la trabajadora embarazada sin estar de baja por riesgo durante el embarazo no supone traba o impedimento para poner fin a su relación laboral.

Badajoz, Julio de 2011

Recurso de reposición planteado contra adjudicación de contrato de obra.

ANTECEDENTES

Por uno de los licitadores en expediente de contratación de obras promovido por el Ayuntamiento se ha presentado recurso potestativo de reposición contra la adjudicación del contrato, basado, fundamentalmente, dicho recurso en la contravención del artículo 134 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público sobre el orden de apertura de ofertas cuando existen criterios de valoración que dependen de un juicio de valor y criterios de valoración de forma automática o mediante aplicación de fórmulas.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera. Posibilidad de que la actuación de la Mesa de Contratación haya propiciado la nulidad del procedimiento.-El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige en la contratación de referencia recoge en su cláusula 18ª el modo de proceder en la apertura tanto de la documentación como de las proposiciones. Estableciéndose, y dado que existen criterios cuya valoración depende de un juicio de valor y criterios que se valorarán mediante fórmulas matemáticas, como exige el artículo 134 de la LCSP, dos actos o momentos diferenciados y realizados uno antes que otro. Es decir, en primer lugar se abrirá el sobre que contenga los datos de la oferta cuya valoración dependa de un juicio de valor. Una vez valoradas las ofertas en base a estos criterios, y en momento por tanto posterior y previa convocatoria de una nueva Mesa de Contratación, se procederá a la apertura de los sobres que contengan los datos de la oferta cuya valoración se realizará de forma automática o mediante la aplicación de fórmulas.

No obstante esto, la Mesa de Contratación, apartándose del procedimiento establecido en el Pliego, y por tanto, de lo dispuesto en el citado artículo 134 de la LCSP, realiza la apertura de ambos sobres en un sólo acto, valorándose en primer lugar las ofertas conforme a los criterios automáticos o fórmulas y solicitándose informe de valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor al Arquitecto redactor del proyecto y al Técnico Municipal. Seis días después de esta primera Mesa de Contratación vuelve a reunirse este órgano de asistencia a fin de dar lectura al informe de valoración emitido por los citados técnicos y a establecer la puntuación total obtenida por las empresas.

Sin duda, y como bien dice el recurrente, tal modo de proceder contraviene no sólo lo dispuesto en el citado artículo 134 de la LCSP, sino también lo determinado en el propio Pliego. Supone a nuestro juicio tal irregularidad una contravención del precepto citado que, de todo orden, viene a romper el principio del secreto de las ofertas que en este caso debe respetarse entre una y otra fase de apertura; lo que, de alguna manera, podría “contaminar” la valoración mediante juicios de valor al conocerse previamente las ofertas sobre los criterios valorables de forma automática, que es precisamente la razón, y el derecho que pretende proteger el legislador con el

establecimiento de estos dos momentos diferenciados en el proceso de apertura de ofertas.

Llegados a este punto la cuestión estará en discernir si tal actuación de la Mesa conlleva aparejada la nulidad de la consiguiente adjudicación que con posterioridad se produjo y, en consecuencia, la de propio contrato. Es el artículo 32 de la Ley 30/2007, de Contratos del sector público el encargado de establecer las causas de nulidad de derecho administrativo, y así la letra a) del mismo determina:

Son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes:

a) Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Por su parte, el artículo 62.1. e) de la citada Ley 30/1992, LRJAP-PAC establece:

- Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguiente:

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

Discernir si la actuación d ella Mesa de Contratación está dentro de esa causa de nulidad, es decir, si ha implicado prescindir total y absolutamente del procedimiento establecido, es lo que nos llevará a la conclusión sobre la cuestión planteada. Obviamente, y como afirmamos más arriba, en la apertura de los sobres que contenían las ofertas la Mesa no actuado conforme determina tanto el artículo 134 de la LCSP como el propio Pliego, por tanto podemos considerar que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido; lo que nos llevará a afirmar que tal acto de la Mesa es nulo de Pleno derecho y, consiguientemente, arrastra la nulidad de los subsiguientes actos tanto de la Mesa como del órgano de Contratación.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa en diversos informes ha venido sosteniendo que la ruptura del secreto de las proposiciones por parte de un licitador al introducir documentos de la oferta económica en el sobre de la oferta técnica conlleva el rechazo de tal proposición. Así, en su informe 62/08, de 2 de diciembre de 2008 afirmó:

“el incumplimiento de las normas del pliego cuando éste exija la presentación de las documentaciones técnica y económica en sobres separados, con objeto de permitir la apertura sucesiva de ambas, determinará la inadmisión de los licitadores que hubieran incurrido el mismo. “.

Con este mismo argumento podríamos afirmar que si la ruptura del secreto de las proposiciones ha sido propiciada por la propia Mesa podríamos entender que el acto de apertura es nulo de pleno derecho y arrastrará hacia la nulidad al resto de actos subsiguientes, incluida la adjudicación del contrato.

Así parece también entenderlo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que en su Informe 38/07, de 29 de octubre de 2007 consideró que “en aquellos casos en que sea imputable a mala fe o negligencia en la actuación de los órganos administrativos, el quebrantamiento del secreto de una proposición presentada en una licitación sujeta a la legislación de contratos públicos, debe dar lugar, a la declaración de nulidad de todo el procedimiento de adjudicación del contrato”.

Por tanto, y como conclusión, consideramos que a la vista de los hechos producidos en el expediente de contratación de referencia, y conforme a la argumentación realizada, por el órgano de contratación deberá declararse la nulidad de todo lo actuado, incluida la adjudicación y, en su caso, el contrato, siguiéndose para ello el procedimiento establecido en la Ley 30/1992, LRJAP-PAC, debiéndose, en todo caso, tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 35 de la LCSP:

"Artículo 35. Efectos de la declaración de nulidad.

1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

2. La nulidad de los actos que no sean preparatorios sólo afectará a éstos y sus consecuencias.

3. Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se
adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio."

Segunda. Irregularidades del Pliego.-En todo caso, y teniendo en cuenta que en nuestra opinión debiera declararse la nulidad de todo el procedimiento de adjudicación del contrato, convendría rectificar algunas imprecisiones observadas en el Pliego del Pliego de Cláusulas:

a) Cláusula 13ª:Indeterminación de la puntuación a otorgar en el criterio "mano de obra".- El artículo 134.4 de la LCSP exige que se precise la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. Por tanto, deberá indicarse un valor máximo a este criterio.

b) Cláusula 13ª: La experiencia como criterio de adjudicación.-Es muy frecuente que nos encontremos con Pliegos de Cláusulas en lo que se incluya como uno de los criterios de valoración de las ofertas la experiencia de las empresas en contratos similares al del objeto del contrato. Basta realizar una sencilla búsqueda por internet para comprobarlo. Sin embargo la experiencia sólo puede constituir un "criterio de selección" previa a través de su acreditación mediante los medios de solvencia técnica regulado en la LCSP y en los que la Administración, en atención al tipo de contrato, su objeto, su precio o su dificultad, podrá establecer, entre los medios que indica la LCSP en sus artículos 65 y siguientes, una determinada experiencia que, en caso de no acreditarse en los términos exigidos determinará el rechazo de las proposiciones.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha venido manteniendo de forma reiterada este parecer, así sus informes de 30 de junio de 1998 y 6 de julio de 2000.

Por otra parte, la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso, Sección 1ª, de 17 de septiembre de 2010, afirma lo siguiente:
"...Es decir resulta patente que el factor experiencia no es un criterio de adjudicación. Por lo tanto, si atendemos a que la norma legal aún permitiendo criterios semejantes a los enumerados en el artículo. 87 de la LCAP no recoge las referencias técnicas ni, menos aún la solvencia económica, financiera y técnica, como criterio de adjudicación este Tribunal estima el recurso contencioso administrativo declarando la nulidad del precepto contenido en el pliego sin que sea necesario entrar en el examen del resto de los apartados del precepto impugnado".
Por tanto, y en nuestra opinión, la experiencia no debe incluirse como un criterio de valoración de las ofertas, con lo que se debería excluirse del pliego de cláusulas como tal criterio.

Badajoz, diciembre de 2011

DISCIPLINARIO

Interpretación del artículo. 20, de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, a propósito del nombramiento de instructor y secretario de expediente disciplinario a Policía Local.

ANTECEDENTES DE HECHO

Escrito de fecha XX.03.2011, del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XX, por el que solicita informe, en relación con el asunto epigrafiado en el encabezamiento.

FONDO DEL ASUNTO:

PRIMERO.- La nueva regulación del Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, constituida por la Ley O. 4/2010, de 20 de mayo, plantea a propósito del órgano instructor, la duda de su aplicación al ámbito del régimen disciplinario de los Policías Locales, habida cuenta del tenor literal del artículo. 20 de meritada L.O, al disponer en su apartado 2º:

" El nombramiento de instructor recaerá en un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía que deberá tener, en todo caso, igual o superior categoría a la del funcionario sometido al expediente y, en el caso de que fuera igual, deberá ocupar un número anterior en el escalafón.

- Podrá ser nombrado secretario cualquier funcionario destinado en el Ministerio del Interior."

La aplicación del régimen disciplinario previsto en la mencionada Ley Orgánica 4/2010, a los Cuerpos de Policía Local, resulta de su Disposición Final Sexta la cual dispone que:

" La presente Ley Orgánica se aplicará a los Cuerpos de Policía Local de acuerdo con lo previsto en la legislación orgánica reguladora de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad".

Por su parte, la Disposición Derogatoria Única de meritada Ley Orgánica 4/2010, viene a dejar sin efecto lo dispuesto en los artículos. 27 y 28 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, reguladora de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que regulaba el régimen disciplinario del Cuerpo de la Policía Nacional, y junto a estos preceptos, por la misma Disposición ha sido derogado el Real Decreto 884/89, de 14 de julio, que contenía el desarrollo reglamentario de dicho régimen.

En el ámbito de la legislación autonómica, el artículo. 27 de la Ley 1/1990, de 26 de abril, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura, se remite a la normativa antes apuntada, en cuanto al régimen disciplinario aplicable a los Policía Locales de Extremadura.

SEGUNDO.- Conforme queda indicado en el apartado anterior, la nueva regulación contenida en el apartado 2º del mencionado artículo. 20 y de su dicción " El nombramiento de instructor recaerá en un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía …..), nos llevaría a la necesaria conclusión de que el cargo de Instructor en los

expedientes disciplinarios que se sigan contra miembros de los Cuerpos de la Policía local de cada municipio, habrá de recaer necesariamente en funcionarios de dicho Cuerpo Nacional, pues no contiene la norma posibilidad de excepción o singularidad y/o dispensa alguna para su aplicación a otros colectivos (para el caso, Policía Local) , y por tanto no permite acudir a nombramientos en otros colectivos, siquiera sea, en los directamente afectados: " ubi lex non distinguet nec nos distinguire debemus", pues para dicho nombramiento de instructor, la repetida ley Orgánica utiliza el tiempo verbal en imperativo " ...recaerá...", y es por ello que si el legislador, hubiera querido que dicho nombramiento, tuviera carácter facultativo (v.gr. ...podrá recaer o recaerá de manera preferente...), lo hubiera dicho.

Ahora bien, si esta interpretación de la norma que es evidentemente restrictiva (faborabilia sunt amplianda et odiosa sunt restringenda) es no obstante acorde, con la hermenéutica seguida para con las de carácter punitivo y por extensión de las sancionadoras, pues en principio, tales normas están dotadas de rigidez absoluta porque no son más que los mismos derechos fundamentales establecidos como inviolables, de manera que todos y cada uno son sus titulares" .No debe olvidarse que el Tribunal Constitucional recordó en su Sentencia de 8 de junio de 1981 que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal como refleja la propia Constitución (artículo 25 que consagra el principio de Legalidad) y una muy reiterada Jurisprudencia de este Tribunal Supremo. En efecto, la seguridad jurídica y el respeto a las opciones legislativas de sanción de conductas sitúan la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como en su razonabilidad y por ende, de aplicaciones extensivas a otros supuestos – aplicación analógica -, que el legislador, no quiso o quizás olvidó contemplar, y por tanto, la aplicación del régimen sancionador (disciplinario) a miembros de la Policía Local, lo que exige su acomodación estricta a la norma jurídica que la disciplina y reglamenta, y en los propios términos en que lo hace.

Por tanto, en cuanto el artículo. 52.1 LOFCS, al que se remite la Ley O. 4/2010, para la extensión del régimen sancionador que el mismo regula a los Cuerpos de Policía Local, viene en determinar que la aplicación de dicho régimen disciplinario lo será ".....con adecuación que exija la dependencia de la administración correspondiente, las disposiciones dictadas al respecto por las Comunidades Autónomas y los reglamentos específicos para cada cuerpo y demás normas dictadas por los correspondientes ayuntamientos.....", nos llevaría a la necesaria conclusión de que en ausencia de dicha adecuación y de las disposiciones , reglamentos y normas de los "correspondientes ayuntamientos", han de aplicarse las de la meritada Ley 4/2010, y aplicar el artículo. 20 de la misma en sus propios términos.

TERCERO.- De acuerdo con lo argumentado en los apartados anteriores, y a salvo que por el Ayuntamiento de referencia, se hubiera realizado la adecuación de su normativa reglamentaria interna a lo dispuesto en el artículo. 52.1 LFCSE, y dado que la normativa autonómica (artículo. 27 ley 1/1990), se remite en bloque a la estatal, conforme a la cual, solo y exclusivamente podrá ser nombrado instructor de expediente disciplinario a Policía Local, un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía (CNP),"...en todo caso, de igual o superior categoría a la del funcionario sometido al expediente y, en el caso de que fuera igual, deberá ocupar un número anterior en el escalafón.", la cuestión en definitiva a dilucidar es, sobre quien puede recaer el nombramiento de instructor en estos expedientes, ?, es decir, en expediente disciplinario a policía local de un ayuntamiento y para el caso, de que por la Delegación del Gobierno no se proceda a nombrar instructor entre funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, como exige el repetido artículo. 20 LORDCNP ¿podría nombrarse para dicho cargo a otro policía u otro funcionario de la misma o distinta Administración?"

Para que se produzca dicho nombramiento, entendemos que el Alcalde del municipio del que dependa el Policía a someter a expediente, en primer lugar deberá dirigirse a la Delegación del Gobierno, y solicitar de esta la propuesta de nombramiento de un Policía Nacional, para que este asuma dicha Instrucción.

Ahora bien, dicho funcionario del CNP, deberá tener "igual o superior categoría a la del funcionario sometido al expediente....". En este caso, el criterio que ha de seguir, viene determinado, en la Disposición Transitoria Primera de la repetida LFCSE, así:

"El Cuerpo Nacional de Policía constará de las siguientes escalas y categorías:

- La Escala superior, con dos categorías. Su sistema de acceso será a la inferior desde la Escala ejecutiva y a la categoría superior desde la inferior; por promoción interna en ambos casos.

Comisario Principal

Comisario

9. La Escala ejecutiva, con dos categorías. Su sistema de acceso será el de oposición libre y el de promoción interna, en el porcentaje que reglamentariamente se determine, para la categoría inferior, y de promoción interna para la categoría superior.

5. Inspector Jefe

6. Inspector

• La Escala de subinspección, con una sola categoría, a la que se accederá únicamente por promoción interna desde la escala básica.

Subinspector de Policía

• La Escala básica, con dos categorías, a las que se accederá por oposición libre a la categoría inferior, y por promoción interna a la superior.

1. Oficial de Policía
2. Policía "

Por tanto, e ínterin no se lleve a efecto el desarrollo del artículo. 52.1 LFCSE, bien por la Comunidad Autónoma de Extremadura, o bien por los respectivos Ayuntamientos la adecuación y adaptación de dicho régimen disciplinario a su organización interna, será de aplicación estricta lo dispuesto en el artículo. 20 de la Ley O. 4/2010, sin posibilidad de acudir a otras formulas, ni siquiera la de recabar la colaboración de "otros policías locales, de otros municipios" pues los miembros de las Policías Locales de los distintos municipios no guardan relación jerárquica entre sí, ni existe entre ellos escalafón alguno (salvo claro está, que nos estemos refiriendo a mediana-grandes o grandes Corporaciones- lo cual y en el presente caso, no es el supuesto).

CUARTO.- Ahora bien y no obstante lo anterior, nos resistimos a creer que el legislador hubiera querido para la mayoría de los Ayuntamientos (que de ordinario carecen de cuerpos de policía local, y a lo sumo dispongan, de auxiliares de esta policía) el que el nombramiento de instructor y secretario, quedase circunscrito a los referidos funcionarios del CNP y del Mº del Interior, pero igualmente que en tanto se llevase a efecto la adecuación a la indicada normativa en los respectivos Ayuntamientos, se pretenda llenar dicha ausencia con el recurso de "contar", con Policías locales del mismo o de otros Ayuntamientos, en definitiva de otros Cuerpos de Policía, y que como parece desprenderse de actuaciones de las que hemos tenido conocimiento, las peticiones de "auxilio" a miembros de este colectivo, han encontrado actitudes de total renuencia –abstenciones, renuncias...- que hacen pensar en un más que rancio "corporativismo", lo cual podría dificultar, cuando no imposibilitar a los responsables políticos municipales, el poder corregir conductas, acciones u omisiones configuradas como infracciones e imputables a estos funcionarios mediante la correspondiente sanción, al dejar a la voluntad de "compañeros", de otros o del mismo municipio del policía presunto infractor, el que se pueda llevar a efectos la instrucción del expediente disciplinario, por las solas voluntades renuentes de aquellos a dicha instrucción.

Y es así, que para llenar los posibles "vacíos" que se pudieran producir en la designación del equipo instructor de estos expedientes, entendemos que, no puede acudirse al argumento de la especificidad de la función de estos funcionarios, pues esta, nada o poco tiene que ver con el conocimiento de la norma y su aplicación por los operadores jurídicos en la instrucción de este tipo de expedientes y la determinación de la sanción que corresponda imponer frente a la falta cometida.

QUINTO.- Por ello, el funcionario que suscribe, y a salvo lo señalado anteriormente, viene en considerar, que en tanto se lleva a cabo la referida adecuación por cada municipio de la regulación de dicho régimen disciplinario a su Cuerpo de Policía Local, pueda y deba el Ayuntamiento, en orden al nombramiento de Instructor y Secretario de expediente disciplinario a funcionario del Cuerpo de la Policía Local, en caso de no atender dicho requerimiento la Delegación del Gobierno, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 L.O.4/2010, y en base a lo dispuesto en el artículo. 27.2 LCPLEx acudir a la aplicación supletoria del régimen disciplinario de los funcionarios de la Comunidad Autónoma de Extremadura y en su consecuencia a lo dispuesto en los artículos. 77 y ss TRLFEx y así para corregir las conductas de aquellos policías de municipios que

carezcan en el mismo de funcionario de igual o superior categoría que el expedientado, el que para dicha instrucción pueda designarse funcionario de la misma u otra Corporación o Administración, de igual o superior categoría al expedientado, dado que la posible asimilación de las escalas y categorías del CNP, con la prevista en el artículo. 12 NNMM, tampoco impide la misma con la establecida en los artículos. 75 y 76 EBEP, para el resto de los funcionarios.

Lo anterior es una consecuencia de lo dispuesto por la Disposición Final Quinta de LORDCNP, que respecto del carácter de dicha Ley, y en lo que a la aplicación del meritado artículo. 20 concierne, dispone:

"No tienen la consideración de Ley Orgánica los artículos 19 a 47, ambos inclusive, así como las disposiciones adicionales, las disposiciones transitorias, el apartado segundo de la disposición derogatoría única y las disposiciones finales segunda, tercera, cuarto y séptima."

Por tanto y al no tener el carácter de básico el meritado precepto (artículo. 20), habrá de estarse a la normativa general de la función pública y así el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) se limita a disponer, que «en el procedimiento (disciplinario) quedará establecido la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándose a órganos distintos» (artículo 98.2).

En aplicación de la Disposición Final Cuarto del EBEP, en tanto no se dicten las Leyes de Función Pública que lo desarrollen, sigue vigente el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, de aplicación directa al personal funcionario comprendido en el artículo 1.1 de la LMRFP, y de carácter supletorio para los demás funcionarios al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluidos en su ámbito de aplicación, cuyo artículo 30 dispone literalmente:

«En la resolución por la que se incoe el procedimiento se nombrará instructor, que deberá ser un funcionario público perteneciente a un cuerpo o escala de igual o superior grupo al del inculpado, de los establecidos en el artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto» (regulaba los grupos de clasificación, materia hoy recogida en el EBEP – artículo 76).

Tal precepto no indica que el funcionario designado Instructor haya de pertenecer a una determinada unidad administrativa o pertenecer a un Cuerpo o Escala determinada, ni desciende en mayor grado en la ubicación del funcionario-instructor.

CONCLUSION.- Por lo que antecede, entendemos que, en tanto no se opere la adecuación normativa y reglamentaria repetida en el cuerpo del presente, y cumplido que sea el requisito de solicitar por el Ayuntamiento interesado de la Delegación del Gobierno la propuesta de designación de funcionario del CNP para el cargo de Instructor, en los términos del artículo. 20 LORDCNP y para el caso de no ser atendida por la Delegación del Gobierno dicha solicitud, pueda ser nombrado instructor cualquier funcionario independientemente de la Administración a la que este adscrito y en todo caso, de al menos el grupo de clasificación del inculpado,

Lo contrario nos llevaría al absurdo de que, en numerosos municipios de reducido tamaño, no podría tramitarse ningún expediente disciplinario a Policías Locales o a sus auxiliares, al no existir funcionarios que reúnan los requisitos para ser nombrados instructores de los mismos, siendo por ello habitual que en estos supuestos se solicite la colaboración de la Comunidad Autónoma o de la Diputación Provincial, en este caso en base al artículo. 36 LRBRL

Badajoz, marzo de 2011

Resolución de Expediente Disciplinario

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha XXX y entrada en esta Institución Provincial el mismo día del mes y año en curso , el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XXX interesa informe sobre el asunto epigrafiado, adjuntando al efecto escrito de D. XXX , formulando recurso extraordinario de revisión contra Decreto de la Alcaldía nº XX enero de 2011, de resolución de expediente disciplinario seguido contra el recurrente.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La LRJ-PAC dispone, en su artículo 108, que "contra los actos firmes en vía administrativa sólo procederá el recurso extraordinario de revisión cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 118.1". Los artículos 118 y 119 de la LRJ-PAC regulan dicho recurso extraordinario que se interpone ante el órgano administrativo que dictó el acto firme en vía administrativa, por los tasados motivos establecidos en el artículo 118.1, en el plazo determinado en el artículo 118.2 y sin perjudicar el derecho de los interesados a instar la revisión de oficio o la rectificación de errores (artículo 118.3), previéndose un trámite de inadmisión (artículo 119.1).

Pues bien de esta regulación legal resulta que el recurso administrativo de revisión es extraordinario en un doble sentido, pues se interpone contra actos firmes en vía administrativa y sólo procede cuando concurren motivos tasados. De ahí que no pueda convertirse en un cauce para recurrir un acto por cualesquiera argumentaciones y motivos, lo que desnaturalizaría su carácter extraordinario, de suerte que es una vía especial para impugnar actos firmes en vía administrativa cuando concurra alguna de las causas taxativamente fijadas en el artículo 118.1 de la LRJ-PAC. Por ello, su interpretación ha de ser estricta, para evitar que se convierta en vía ordinaria para impugnar los actos administrativos transcurridos los plazos al efecto establecidos. Así lo ha entendido en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo (entre otras en sus sentencias de 28 de julio de 1995 y 9 de junio de 1999), y así lo ha subrayado igualmente este Consejo en ocasiones anteriores (dictámenes 67/2003, 43/2004 y 1 y 27 de 2005, entre otros).

La competencia para resolver el recurso extraordinario corresponde al mismo órgano que dictó el acto recurrido, debiendo éste pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre la cuestión de fondo resuelta por el acto recurrido (artículo 119.2), entendiéndose desestimado por el transcurso de tres meses (artículo 119.3).

No se contempla expresamente en los artículos 118 y 119 de la LRJ-PAC, el procedimiento administrativo que deba seguirse en la instrucción y resolución de los recursos de revisión, por lo que resultan aplicables directamente los principios generales que, para los recursos administrativos, se contienen en los artículos 107 y siguientes de la LRJ-PAC. De ellos se desprende que debe otorgarse audiencia a los interesados, máxime cuando existan otros interesados distintos del recurrente, a los que "se les dará, en todo caso, traslado del recurso para que en el plazo antes citado,

aleguen cuanto estimen procedente", según dispone el apartado 2 del artículo 112 de la LRJ-PAC.

A la vista de las circunstancias concurrentes en el supuesto sometido a nuestro informe, debe señalarse, en primer lugar, que el mismo resulta admisible puesto que se interpone contra un acto administrativo firme en vía administrativa; por persona legitimada, en cuanto directamente afectada por el acto que aquí se recurre; y en plazo, al no haber transcurrido el plazo máximo establecido en el artículo 118 de la LRJ-PAC, correspondiendo su resolución al mismo órgano que dictó el acto impugnado, es decir, al Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XX (artículos 118, inciso inicial del apartado 1 y apartado 2, y 119.1 de la LRJ-PAC).

Por otra parte, en cuanto a su procedencia, el recurso extraordinario de revisión sólo cabe cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 118.1 de la LRJ-PAC.

Se invoca formalmente en el escrito la causa segunda de las previstas en el citado artículo 118 de la LRJ-PAC, según la cual procederá el recurso de revisión cuando" …. aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida." cuya concurrencia, por otra parte, viene determinada por el fallo de la Sentencia nº 72, de 14 de marzo de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, al estimar el recurso de apelación contra sentencia 234/2010, de 5 de octubre del Juzgado nº1 de lo Contencioso-Administrativo de Badajoz,

Como hemos dicho anteriormente, nos encontramos ante un precepto excepcional de interpretación estricta, que no puede convertirse en un cauce para recurrir un acto por cualesquiera argumentaciones y motivos.

Sin embargo en este caso, y según resulta de los antecedentes obrantes en el expediente administrativo, es evidente, y de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia meritada así resulta, que al declarar contrario a Derecho el Decreto de la Alcaldía, nº 24 de 1 de marzo de 2010, y del que trae causa el que el presente motiva por la negativa del recurrente a darle cumplimiento y por ello el expediente disciplinario que se siguió al interesado, en su calidad de Jefe de la Policía Local de _____y recurrente de revisión Sr. _____, es preciso que se reconozca que en la resolución impugnada (Decreto nº _____de enero de 2011), incide de manera esencial el fallo de la Sentencia de fecha 14 de marzo de 2011, del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, evidenciando en su consecuencia, el error en que incurre el Decreto de la Alcaldía recurrido de revisión, y al que el presente se contrae.

Al haber concluido en la procedencia del recurso de revisión interpuesto, debe tenerse en cuenta que el artículo 119.2 de la LRJ-PAC establece que "el órgano al que corresponde conocer del recurso extraordinario de revisión debe pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido", por ello el funcionario que suscribe entiende que el presente recurso extraordinario de revisión es procedente por concurrir la circunstancia 2ª del artículo 118.1 de la LRJ-PAC y considera que procede estimar el recurso de tal carácter interpuesto por D. XX, contra Decreto de la Alcaldía nº XX

enero de 2011, de resolución de expediente disciplinario seguido contra el recurrente y en su consecuencia dejar sin efecto, declarando nulo meritado Decreto, ordenando el archivo del expediente disciplinario a que el mismo se refiere..

Badajoz, mayo de 2011

HACIENDAS LOCALES

Recurso de reposición contra liquidación del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras.

ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha XX de noviembre de 2011, tiene entrada en este Servicio escrito del Ayuntamiento de XX, mediante el que se solicita informe "... en relación con el artículo 172 de la Ley 15/2011, del Suelo, régimen de comunicación previa y artículo 180 actos sujetos a licencias de obras y su repercusión."
- Junto con la solicitud se acompaña copia del recurso de reposición interpuesto por DOÑA XX, contra la liquidación XX/2011 del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras, relativas a una obra realizada en la C/ XX, nº X0, de XX.

FONDO DEL ASUNTO.

1º. Conviene recordar en primer término que, conforme al artículo 171.1.b) de la LSOTEX tanto la comunicación previa como la licencia urbanística no son otra cosa que instrumentos técnicos puestos al alcance de la administración urbanística, en este caso la municipal, con el fin de llevar a cabo las funciones de garantía y protección de la ordenación territorial y urbanística y con tal finalidad se regula estos mecanismos en el Titulo V, dedicado íntegramente a esa protección. El artículo 169, que precisamente encabeza el Título V de la LSOTEX, encomienda a los Municipios en su apartado 1 la vigilancia del "… cumplimiento de las disposiciones de la presente Ley y de las normas y demás instrumentos que la complementan o desarrollan …", en tanto que el apartado 2 establece el carácter inexcusable de las potestades reguladas en el citado Titulo V. Como medio para asegurar esas funciones de control dispone el artículo 170.1 el deber de todos en colaborar en el desarrollo de esas funciones, en tanto que en el apartado 2 establece una obligación concreta dirigida a los particulares "… facilitarán a la Administración la información veraz y suficiente que ésta les requiera." Con los expuesto hasta ahora se quiere poner de manifiesto que la comunicación previa y la licencia urbanística atienden primordialmente a lo que les es propio, el control de la legalidad de la ordenación territorial y urbanística, siendo a estos efectos cuestión secundaria y de otro orden jurídico, el propio de la legislación fiscal prevista el artículo 133 de la CE, la cuestión de los ingresos que reporte al Municipio el ejercicio de esa potestad, en aras a conseguir esa suficiencia financiera a la que se refiere el artículo 142 de la norma fundamental.

Aunque pueda resultar ocioso, es procedente reproducir los preceptos que determinan qué actos quedan sometidos a uno u otro régimen, ya que al fin y al cabo es el centro del debate: determinar si los actos edificatorios llevados a cabo por la Sra.

XX en la C/ XX, de XX, están sujetos a uno u otro mecanismo de control, de tal suerte que, como más adelante se verá, según se incluyan en uno u otro estarán sujetos o no al impuesto. El artículo 172 de la LSOTEX, con la nueva redacción de la Ley 12/2010, de 16 de noviembre, establece que "Quedan sujetos al régimen de comunicación previa al Municipio los actos de aprovechamiento y uso del suelo no incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 180, y, en particular, los siguientes:

a. Las obras que modifiquen la disposición interior de las edificaciones, cualquiera que sea su uso, y siempre que no afecten a la estructura.
b. Las obras de mera reforma que no supongan alteración estructural del edificio ni afecten a elementos catalogados o en trámite de catalogación.
c. El cerramiento de fincas, muros y vallados.
d. La ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, provisionales o permanentes.
e. La colocación de carteles y vallas de propaganda visibles desde la vía pública.
f. La instalación de invernaderos.
g. La primera ocupación o, en su caso, habitabilidad de las construcciones y la apertura de establecimientos, salvo que, en este último caso, esté sujeta a autorización ambiental.
h. El cambio de uso de los edificios, construcciones e instalaciones cuando no comporten obras sujetas a licencia urbanística conforme al artículo 180.
i. Las obras que hayan de realizarse con carácter provisional.
j. Las parcelaciones o cualesquiera otros actos de división de fincas o predios en cualquier clase de suelo, no incluidas en proyectos de reparcelación.

Por su parte, el artículo 180 de la LSOTEX, así mismo con la redacción de la Ley 12/2010, de 16 de noviembre sujeta "… a la obtención de licencia urbanística de obras, edificación e instalación, … , los siguientes actos:

- Las obras de construcción, edificación e implantación de instalaciones de toda clase de nueva planta.
- Las obras de ampliación de construcciones, edificios e instalaciones de toda clase existentes.
- Las obras de modificación o reforma que afecten a la estructura o al aspecto exterior de las construcciones, los edificios y las instalaciones de todas clases.
- La demolición de las construcciones, salvo en los casos declarados de ruina inminente.
- Los movimientos de tierra y las obras de desmonte y explanación en cualquier clase de suelo y los de abancalamiento y sorriego para la preparación de terrenos de cultivos.
- La extracción de áridos y la explotación de canteras.

- La acumulación de vertidos y el depósito de materiales ajenos a las características propias del paisaje natural que contribuyan al deterioro o degradación del mismo.
- La apertura de caminos, así como su modificación o pavimentación.
- Las instalaciones que se ubiquen en o afecten al subsuelo.
- La instalación de tendidos eléctricos, telefónicos u otros similares y de redes de telecomunicaciones o transporte de energía y la colocación de antenas de cualquier clase.
- La construcción de presas, balsas, obras de defensa y corrección de cauces públicos, vías públicas o privadas y, en general, cualquier tipo de obras o usos que afecten a la configuración del territorio.
- Los actos de construcción y edificación en estaciones destinadas al transporte terrestre, así como en sus zonas de servicio.
- Los demás actos que señalen los instrumentos de planeamiento de ordenación territorial y urbanística."

2º. El Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, está regulado en el artículo 59.2 del TRLRHL de manera potestativa para los Ayuntamientos, que podrán exigirlo si, haciendo uso de la potestad tributaría reconocida a los municipios por el artículo 4.1.b) de la LBRL, previamente han adoptado el correspondiente acuerdo de imposición y establecimiento, en los términos exigidos por los artículos 106.1 de la citada LBRL y 17 del TRLRHL, con los requisitos y el procedimiento establecidos en este último precepto. El hecho imponible del impuesto, conforme al artículo 100.1 del TRLRHL "… está constituido por la realización, dentro del término municipal, de cualquier construcción, instalación u obra para la que se exija obtención de la correspondiente licencia de obras o urbanística, se haya obtenido o no dicha licencia, siempre que su expedición corresponda al ayuntamiento de la imposición.", por lo que es imprescindible determinar si la obra está sujeta a licencia o a comunicación previa. Téngase en cuenta que el legislador ya ha tomado conocimiento de esta situación y, mediante la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, ha modificado el apartado 4.i) del artículo 20, para permitir el establecimiento de tasa "… por la realización de la actividad de verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación sectorial cuando se trate de actividades no sujetas a autorización o control previo.", por lo que al no establecer ninguna modificación en el precepto que regula el hecho imponible del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras es de suponer que no lo ha considerado conveniente.

3º. Por lo que respecta al recurso interpuesto, está previsto en el artículo 108 de la LBRL y regulado en el artículo 14.2 del TRLRHL, no parece que pueda oponerse al mismo más tacha que lo referente a la correcta identificación de "El acto administrativo que se recurre, la fecha en que se dictó, número del expediente y demás datos relativos a aquel que se consideren convenientes.", ya que su argumentación, se limita a exponer sucintamente una serie de preceptos pretendidamente aplicables al supuesto de hecho. Sin embargo, no se describen las obras realizadas, de manera que, a falta del expediente correspondiente, resulta

imposible determinar si los actos en cuestión están sujetos a licencia o comunicación previa que, como se ha dicho, es lo determinante para resolver sobre el fondo de la cuestión, por lo que debe ser el Ayuntamiento, a la vista de los antecedentes que obrarán en su poder, el que debe determinarlo y resolver el recurso en consecuencia. Además, se llama la atención sobre otras dos cuestiones, en este caso de carácter formal, que puede tener incidencia sobre la resolución: de un lado, la legitimación para la interposición del recurso, que el apartado d).1 del artículo 14.2 del TRLRHL reconoce a "Los sujetos pasivos y, en su caso, los responsables de los tributos, así como los obligados a efectuar el ingreso de derecho público de que se trate.", situación en la que según parece se encontrará la reclamante (así se deduce del apartado primero del escrito de interposición en la que asegura que la obra es suya); y, de otro, que no se determina ni la fecha de la liquidación ni la de su recepción, por lo que no resulta posible conocer si el mismo se ha interpuesto dentro del plazo de un mes contado desde el día siguiente al de la notificación expresa de la liquidación, establecido en el apartado c) del precepto citado. Ambos aspectos formales deben ser tenidos en cuenta el Ayuntamiento, con ocasión de la resolución.

Por último, es conveniente recordar algunos otros aspectos reglados del recurso, recogidos en el citado artículo 14.2 del TRLRHA, entre los que cabe destacar los siguientes: revisión de todas las cuestiones que ofrezca el expediente (apartado k); resolución del recurso en el plazo de un mes a contar desde su presentación, con efectos desestimatorios si no se produce (apartado l); la resolución expresa será por escrito y debidamente motivada, debiendo notificarse en el plazo de 10 días desde que se produzca (apartados m y n); y contra la resolución del recurso los interesados podrán interponer directamente recurso contencioso-administrativo (apartado ñ).

Badajoz, noviembre de 2011.

Informe solicitado por la Mancomunidad de Servicios Sociales "XX", sobre las medidas que se podrían adoptar en relación con las deudas pendientes de los Ayuntamientos integrados.

ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha XX de enero de 2011, tiene entrada en este Servicio escrito de la Mancomunidad de Servicios Sociales "XX", mediante el que se solicita informe sobre "… las medidas a adoptar y defensa judicial para instar la reclamación en caso necesario.", en relación con las aportaciones que deben los Ayuntamientos integrados, así como sobre las obligaciones que contraerían en el supuesto de disolución de la mancomunidad.
- Junto con la solicitud se acompaña una copia completa de los vigentes Estatutos de la Mancomunidad.

FONDO DEL ASUNTO.

1º. Las aportaciones municipales están reguladas en el artículo 154 del TRLRHL, bajo el título de "Recursos de las entidades municipales asociativas.", con el siguiente contenido: "Las mancomunidades y demás entidades municipales asociativas dispondrán, además de los recursos citados en el artículo 151, de las aportaciones de los municipios que integren o formen parte de aquéllas, determinadas de acuerdo con lo establecido en los estatutos de creación respectivos." Atendiendo a esa remisión legal a los Estatutos de la Mancomunidad, que reitera el artículo 150.1 del TRLRHL, recogida también en los artículos 44.2 de la LBRL y 36.5 del TRRL, se prevé en los de la Mancomunidad el establecimiento de aportaciones en el artículo 20.h), en los términos que se transcriben a continuación: "La aportación anual de cada uno de los Municipios Mancomunados, consignada en sus respectivos presupuestos, y fijada en el presupuesto de la propia Mancomunidad de forma proporcional al número de habitantes de cada uno de ellos, con referencia al último Censo de Población, según se establece en convenio suscrito entre la Mancomunidad y la Consejería de Bienestar Social."

Así mismo la reciente LMELM extremeña tras establecer el principio de suficiencia financiera de las Mancomunidades en el artículo 45 ("Las haciendas de las mancomunidades deben disponer de recursos económicos suficientes para la prestación de los servicios que se les asignen.") y de determinar en el artículo 46.1 que "Las mancomunidades contarán para su hacienda con los recursos que les atribuyan sus estatutos y las normas aplicables en cada caso, en el modo y con el

alcance en ellos señalado.", se ocupa de las aportaciones municipales incluyéndolas en el elenco de recursos (que por cierto no es cerrado) del apartado 2 del precepto anterior.

2º. Junto con la posibilidad de exigencia de las aportaciones municipales se prevé en las normas citadas su régimen para garantizarlas y hacerlas efectivas, todo ello atendiendo a las potestades y prerrogativas previstas en los artículos 4.3 de la LBRL y 5, apartados 1 y 3, de la LMELM, que se concretan, para lo que interesa en el asunto objeto de este informe, en "Las prelaciones y preferencias y demás prerrogativas reconocidas a la Hacienda Pública para los créditos de la misma, sin perjuicio de las que correspondan a las Haciendas del Estado y de las comunidades autónomas; ..." (artículos 4.1.h) de la LBRL y 5.1.i) de la LMELM).
Por lo que respecta a los medios garantía, aparecen regulados en los apartados 1 y 2 del artículo 50 de la LMELM, que se reproducen a continuación:
1. Los municipios y entidades locales menores mancomunadas consignarán en sus presupuestos las cantidades precisas para atender los compromisos asumidos con las mancomunidades a las que pertenezcan.
2. Las aportaciones económicas de los municipios y entidades locales menores incorporados a cada mancomunidad se realizarán en la forma y plazos que estatutariamente se determinen. En cualquier caso, tales aportaciones tendrán a todos los efectos la consideración de pagos obligatorios y de carácter preferente."
Como se ha visto, los Estatutos, aunque anteriores a la norma transcrita, prevén garantías similares en el transcrito apartado h) del artículo 20, que se refuerzan por la previsión del artículo 21: "Los municipios mancomunados, a la aprobación de estos Estatutos, adquieren el compromiso de aportar las cantidades asignadas de acuerdo con el artículo 20.h) ..."
En cuanto a los medios para hacer efectivas las aportaciones en régimen ordinario o "voluntario", en virtud del transcrito apartado 2 del artículo 50 de la LMELM, será el establecido en los Estatutos. Sin embargo, no lo prevén, por lo que habrá que estar al último inciso del referido apartado, con lo que las aportaciones tendrán para los Ayuntamientos la consideración de pagos obligatorios de carácter preferente. De no atenderse el pago de las aportaciones en período ordinario "... la mancomunidad ostentará las prerrogativas establecidas legalmente para la hacienda del Estado, y actuará, en su caso, conforme a los procedimientos administrativos correspondientes." (apartado 3 del artículo 50 de la LMELM), tales prerrogativas las concreta el apartado 4 del mismo precepto: "4. Las aportaciones a la mancomunidad vencidas, líquidas y exigibles podrán ser objeto de retención, una vez transcurrido el plazo de pago previsto en los estatutos y previa solicitud de la propia mancomunidad y audiencia al municipio o entidad local menor afectados, respecto de las que tengan pendientes de percibir de la Comunidad Autónoma de Extremadura o de las Diputaciones Provinciales."
El procedimiento previsto en el artículo 21 de los Estatutos difiere sustancialmente del indicado en la norma autonómica en que este procedimiento "de apremio" se hace

extensivo a la Administración del Estado (Central se denomina en el cuerpo estatutario). Por lo demás, exige un acuerdo de la Asamblea General.

De la conjunción de ambos preceptos, se considera que debe seguirse el siguiente procedimiento: 1º, expedición de la correspondiente certificación de descubierto, con indicación de los municipios y entidades deudores, los conceptos y la cuantía por cada uno de ellos y cualquier otro antecedente de interés ; 2º, acuerdo de la Asamblea General de apertura del procedimiento; 3º, audiencia del municipio o entidad afectados; y 4º, solicitud de retención del Presidente de la Mancomunidad dirigida a los órganos correspondientes de las distintas Administraciones.

3º. Por lo que respecta al régimen de disolución de la Mancomunidad y su posterior liquidación se estará, en primer lugar, a lo dispuesto en el artículo 66 de la LMELM: "Las mancomunidades deberán disolverse cuando concurran las causas previstas en sus estatutos y cuando voluntariamente lo acuerden sus miembros de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo siguiente." La disolución, como es natural, procederá cuando así lo decidan sus miembros, ya que voluntaria fue su creación; además, en los supuestos previstos en los Estatutos, lo que hace el artículo 30 añadiendo a la disolución voluntaria la legal "a) Que por Disposición normativa de rango superior a estos estatutos se imponga la disolución de la Mancomunidad, ..."

En cuanto al procedimiento, viene establecido en el artículo 67 de la LMELM. Interesa aquí destacar todo aquello que tenga alguna incidencia en el ulterior proceso de liquidación que, en su caso, se produciría. El aparatado 4, exige que el acuerdo de disolución sea ratificado por los Ayuntamientos y Entidades Locales Menores, abriendo con ello el procedimiento de liquidación, y el apartado 5, afianza el procedimiento de liquidación al establecer que "... la mancomunidad mantendrá su personalidad jurídica en tanto no sean adoptados los acuerdos de liquidación y distribución de su patrimonio por los órganos competentes." Por su parte, los Estatutos, en los dos últimos párrafos del artículo 30, establecen el criterio de reparto de los bienes de la Mancomunidad en proporción a sus respectivas aportaciones y exige la concreción expresa "... de los fines, obras o servicios, instalaciones, etc. cuya consecución esté pendiente de ejecución o tramitación, habilitando, en su caso, los mecanismos precisos para su clarificación jurídica, política y financiera.", con lo que está estableciendo la necesidad de atender a la totalidad de las obligaciones pendientes. Por último, el artículo 68 de la LMELM establece las exigencias de comunicación y publicidad de la disolución de la Mancomunidad, para garantizar la transparencia del procedimiento.

De lo expuesto, cabe concluir, que el proceso de disolución de la Mancomunidad, abre la liquidación de la misma, en la que deben evidenciarse la totalidad de sus derechos y obligaciones. Determinados unos y otras deber procederse a su saldo y liquidación, repartiendo los bienes en proporción a sus aportaciones, criterio que será así mismo el procedente para el reparto de las obligaciones de las que no obstante, responderán mancomunadamente los Ayuntamientos y Entidades integrados.

Badajoz, febrero de 2011.

Modificación de acuerdo reduciendo canon por calificación urbanística e Impuesto de Construcciones, Instalaciones y Obras de por instalación de Planta Fotovoltaica.

ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha XX de enero de 2010, tiene entrada en este Servicio escrito del Ayuntamiento de XX, mediante el que se solicita informe sobre "... sobre la posibilidad de modificación del acuerdo que se adoptó referente al cobro del canon y el ICIO para la instalación de planta fotovoltaica ..."
- Junto con la solicitud se acompaña diversa documentación relacionada con la instalación de una Planta Fotovoltaica de 2 Mw., entre la que se incluyen los documentos de interés que se reseña a continuación:
- Certificación del acuerdo de XX de XX de 2007, que se pretende modificar, cuyo apartado primero se transcribe a continuación:"Primero.- Aceptar la propuesta de satisfacer un canon sustitutivo de la cesión gratuita de terreno que establece el artículo 27.1.4 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura, en concepto de participación en el aprovechamiento urbanístico por la instalación fotovoltaica de 2 mw. para la conexión a la Red, en la parcela nº XX del polígono X y parcela XX del polígono X, de este término municipal, por importe de XX euros, resultado de aplicar el X por 100 al importe total de la obra civil de la planta que es de XXXX euros."
- Resolución de X de enero de 2008, de la Dirección General de Urbanismo y Ordenación del Territorio de la Consejería de Fomento de la Junta de Extremadura, mediante la que se otorga la calificación.
- Resolución de XX de septiembre de 2008, de la Dirección General de Urbanismo y Ordenación del Territorio de la Consejería de Fomento de la Junta de Extremadura, mediante la que se autoriza el cambio de titularidad de la calificación urbanística anterior.
- Liquidaciones practicadas a XX, S.L., con fecha X/2008, por importes de XX euros y XX euros, respectivamente.

FONDO DEL ASUNTO.

1º. El denominado canon por calificación urbanística viene regulado por los artículos 18.2 y 27.1.4 de la LSOTEX, de los que podemos extraer las siguientes conclusiones:

El municipio tiene la prerrogativa de optar por la satisfacción del canon mediante la cesión de suelo o el pago en metálico.

Si el Municipio opta por la exigencia del canon, el importe mínimo del mismo será del 2 por 100 del importe total de la inversión prevista.

En cuanto a la expresión “importe total de la inversión” a efectos de fijar la cuantía del canon urbanístico, debe comprender todas aquellas partidas que se incluyan en el proyecto que se someta al órgano competente para que se pronuncie sobre el otorgamiento de la calificación, que supongan un uso del suelo: por supuesto la obra civil, pero además las instalaciones fijas, honorarios de redacción de proyectos, gastos generales y beneficio industrial, y referidos tanto a la ejecución de la obra como a la implantación de la actividad, debiendo excluirse solamente los elementos móviles que no suponen uso de suelo para los que no se solicitó la calificación. El Ayuntamiento a los efectos de la fijación del importe del canon, tendrá que proceder a la práctica de la pertinente liquidación, realizando al menos las siguientes operaciones de control y comprobación: 1º, que están incluidas todas las partidas precisas para la ejecución de la obra e implantación de la actividad; 2º, que cada una de las partidas contiene la totalidad de las unidades; y 3º, que el precio de cada unidad está dentro del precio normal del mercado en el momento de practicarse la liquidación.

Del contenido del acuerdo se deduce que el Ayuntamiento ha aceptado la propuesta realizada y ha optado por la satisfacción en metálico, determinando su importe como liquidación provisional a cuenta en el 2 por 100 del importe total de la obra civil, elemento este último que no coincide con el previsto al efecto por la LSOTEX, que señala como base sobre la que se liquidará el canon el importe total de la inversión prevista, concepto en el que además de la obra civil los ya citados. Y ello porque pretender cosa distinta -en concreto, el carácter definitivo de la liquidación de XX/X/2007- viciaría indefectiblemente el referido acuerdo, por cuanto el Ayuntamiento carece de competencias para determinar una base liquidable distinta a la prevista en la Ley (artículo 9.1 de la CE, “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.”)

Abundando en relación con las partidas que deban incluirse en la determinación, parece de interés traer a colación las novedades que aportan dos importantes y recientes sentencias: la primera de ellas del Tribunal Supremo, en tanto que la segunda ha sido dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

De un lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2010, dictada en recurso de casación en interés de ley ha fijado la siguiente doctrina legal: "Forma parte de la base imponible del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, regulado en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo , en el supuesto de instalación de parques eólicos el coste de todos los elementos necesarios para la captación de la energía que figuren en el proyecto para el que se solicita la licencia de obras y carezcan de singularidad o identidad propia respecto de la construcción realizada". Esta doctrina tiene especial relevancia, porque como recoge la propia Sentencia “El recurso de casación en interés de la ley, regulado en el artículo. 100 de la Ley 29/98, de 13 de julio, está concebido en defensa de la recta interpretación del Ordenamiento Jurídico y constituye un remedio extraordinario y último de que disponen las Administraciones Públicas y, en general, las Entidades o Corporaciones

que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo, para evitar que sentencias que se estimen erróneas y que puedan comprometer y dañar gravemente el interés general, más allá del caso resuelto definitivamente por las mismas con fuerza de cosa juzgada material, perpetúen o multipliquen sus negativos efectos en el futuro, ante la posibilidad de reiteración o repetición de su desviada doctrina." Por lo que atañe al caso que nos interesa su interés es indudable, ya que la base imponible del impuesto, conforme a lo establecido en el artículo 102.1 del TRLRHL "... está constituida por el coste real y efectivo de la construcción, instalación u obra, y se entiende por tal, a estos efectos, el coste de ejecución material de aquélla." Siendo un concepto más amplio el "importe total de la inversión", que conforma la base a efectos de cuantificar el importe en metálico del canon por calificación urbanística, es obvio que en éste deben incluirse también los elementos necesarios para la captación de la energía que figuren en el proyecto para el que se solicita la licencia de obras y carezcan de singularidad o identidad propia respecto de la construcción realizada.

De otro lado, el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en Sentencia nº 174, de 15 de junio de 2010, se ha pronunciado por primera vez en relación con el canon por calificación urbanístico regulado por la LSOTEX. La Sentencia resuelve el recurso interpuesto en relación con liquidaciones del ICIO y del canon por calificación urbanística. Por lo que respecta al ICIO, coincidiendo plenamente con el criterio del Tribunal Supremo, concluye que "… para analizar si una determinada partida de maquinaria o instalaciones debe incluirse en la base imponible del ICIO deberá tenerse en cuenta no sólo si se cumple el requisito de necesariedad para la ejecución de la obra, sino también si se trata de elementos que dotan a la obra de las características básicas para su funcionamiento y además que sean esenciales para que pueda utilizarse, … En el caso que nos ocupa, los paneles, inversores y seguidores solares son maquinaria o instalaciones que se colocan o instalan como elementos inseparables de la obra se instalan en el suelo y son integrantes del mismo proyecto que sirvió para solicitar y obtener la correspondiente licencia y se integran en el conjunto constructivo como un todo, … De ahí que su coste forme parte de la base imponible del ICIO …" Como se ha dicho trata por primera vez el canon por calificación urbanística, para analizar su naturaleza y el mismo concepto de "importe total de la inversión". En relación con la naturaleza del canon señala que "El canon se constituye como una obligación impuesta a todo promotor si quiere obtener la posibilidad de realizar la instalación o el uso que se autoriza en este tipo de terrenos; y dado que esa actividad que despliega la Administración es de naturaleza pública, deberá concluirse que nos encontramos con ingresos de esa naturaleza; …" Por que se refiere al concepto de "importe total de la inversión", lo acota determinando que incluye todos los costes a excepción del IVA: "… interpretar lo que la Ley quiere significar al expresar el coste total de la inversión, habrá de hacerse desde el punto de vista de la prestación que acabamos de definir, y ciertamente el IVA es un tributo, no es un mero coste de inversión, y fundamentalmente por analogía con lo que ocurre con el ICIO,

impuesto del que deriva la imposición del canon que nos ocupa, habrá que entender que no debe incluirse el IVA en su cálculo como coste de inversión."

2º. Por lo que respecta al devengo del canon, son de aplicación las reglas contenidas en el apartado 1.4 del artículo 27 de la LSOTEX, de las que se concluye que el derecho del municipio a exigirlo nace con la calificación, acto mediante el que se ha atribuido al promotor unos aprovechamientos inexistentes hasta entonces, de los que participará la comunidad mediante la cesión gratuita de terrenos o el pago del canon. Del mismo modo que con la calificación nace para el promotor el derecho a obtener la licencia, que inexorablemente la obtendrá siempre que la edificación o uso pretendido no sea incompatible con el planeamiento general del municipio, será a partir de ese momento cuando el Municipio podrá practicar y trasladar al interesado la correspondiente liquidación, con arreglo al régimen previsto en el artículo 2.2 del TRLRHL. Será por tanto el documento de otorgamiento de la calificación el determinante para establecer los restantes elementos del canon: 1, la fecha de devengo y su eventual prescripción por el transcurso del tiempo; y 2, el sujeto, que no será otro que el titular del aprovechamiento que otorga la calificación. En cuanto a lo que se refiere al devengo y al sujeto pasivo del ICIO se estará a lo dispuesto en el TRLRHL, respectivamente, en sus artículos 102.4, "4. El impuesto se devenga en el momento de iniciarse la construcción, instalación u obra, aun cuando no se haya obtenido la correspondiente licencia.", y 101.1, "1. Son sujetos pasivos de este impuesto, a título de contribuyentes, las personas físicas, personas jurídicas o entidades del artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que sean dueños de la construcción, instalación u obra, sean o no propietarios del inmueble sobre el que se realice aquélla."

3º. A la vista de los antecedentes reseñados, el Ayuntamiento está en condiciones de practicar las correspondientes liquidaciones complementarias tanto por el canon por calificación urbanística como por el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras, en las que se incluyan en sus respectivas bases el coste de todos los elementos necesarios para la captación de la energía o cualquier otra partida no tenida en cuenta anteriormente, por cuanto, conforme a lo dispuesto en los artículos 66 y 67 de la LGT, no han prescrito los derechos de la Administración para determinar la deuda mediante las correspondientes liquidaciones ni para exigir su pago. Para ello, debe tener en cuenta las siguientes consideraciones:

a. La determinación del importe de la liquidación del canon por calificación urbanística se realizará aplicando el tipo del 2 por 100 (pese a que es el tipo mínimo será este el que tenga que aplicar el Ayuntamiento, salvo que en el momento del devengo tuviera otro distinto en vigor) al coste total de la inversión (se reitera que no debe incluirse el IVA).

b. El importe de la liquidación del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras será determinado por la aplicación del tipo de gravamen previsto por la ordenanza correspondiente (se recuerda que en aplicación del artículo 59.2 del TRLRHL es potestativo) a la base imponible "…

constituida por el coste real y efectivo de la construcción, instalación u obra, y se entiende por tal, a estos efectos, el coste de ejecución material de aquélla." (artículo 102.1 del TRLRHL).

c. En uno y otro caso procederá reducir el importe de las cantidades ya abonadas como consecuencia de las liquidaciones practicadas con fecha XX/2008.

Badajoz, febrero de 2011.

ORDENANZAS MUNICIPALES

Aprobación de Reglamento Municipal. Sustitución de multas por trabajos en beneficio de la comunidad

HECHOS. ANTECEDENTES

Por el Ayuntamiento de Referencia se nos plantean varias cuestiones en relación con la sustitución de sanciones pecuniarias (multas) por trabajos en beneficio de la comunidad.

FONDO DEL ASUNTO

Si introducimos en cualquier buscador de Internet la expresión "Ordenanza trabajos en beneficio de la comunidad" nos aparecen 1.200.000 resultados. Al filtrar la búsqueda, un gran número de ellos se corresponden con Ordenanzas municipales, aprobadas y en vigor, que recogen la posibilidad de sustituir una multa por trabajos en beneficio de la comunidad. La cuestión está en averiguar si esta loable intención municipal, aún en contra de sus intereses económicos, tiene cobertura legal.

Ante la problemática socioeconómica y familiar que origina el abono en metálico de las sanciones administrativas dimanantes de infracciones de igual naturaleza en el ámbito de las competencias locales, se plantea la posibilidad de sustituir aquéllas por trabajos en beneficio de la comunidad.

Son los trabajos en beneficio de la comunidad actividades de marcada utilidad pública o social que se llevan a cabo en entidades públicas o en entidades privadas sin ánimo de lucro. Fueron introducidos por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, y su finalidad es la reeducación y reinserción social de personas que han cometido una falta o delito. Así, su artículo 49 establece. "Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas."

Por otro lado, diversas normas sectoriales de ámbito estatal o autonómico han venido introduciendo esta posibilidad de sustituir las sanciones administrativas de tipo económico por trabajos en beneficio de la comunidad.

Así, por ejemplo, en el ámbito estatal, la Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el texto articulado de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, que modificó el artículo 72 del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, al contemplar la posibilidad de que los menores que hayan cometido infracciones leves puedan sustituir la sanción económica de multa por medidas sociales relacionadas con la seguridad vial.

En el ámbito autonómico extremeño, la Ley 2/2003, de 13 de marzo, de la Convivencia y el Ocio de Extremadura, establece respecto a las infracciones leves que "Si la infracción se cometiese por menores de dieciocho y mayores de dieciséis, será sancionada con la realización de trabajos en favor de la comunidad, por un tiempo no superior a treinta días."

En el ámbito local es sin duda esta cuestión una opción alternativa muy encomiable por cuanto el fin pretendido, y especialmente teniendo en cuenta la difícil situación económica por la que atraviesan los Ayuntamientos, subyace una acción social encaminada a una modificación de conductas, especialmente ante actuaciones antisociales de, fundamentalmente, un sector poblacional más joven, con lo cual aportaría al conjunto de la comunidad vecinal un plus pedagógico que, en definitiva, redundaría en una mejor convivencia de sus integrantes.

Pero no toda intención saludable, loable o encomiable tiene cabida en el ámbito jurídico. El Título XI de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del Régimen Local (LRBRL), bajo la rúbrica de "Tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias", comprende los artículos 139 a 141. El artículo 139, en defecto de normativa sectorial específica, habilita a los Ayuntamientos para, en determinadas materias (ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos), establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes. Sin embargo, el artículo 141 de la LRBRL, determina que "salvo previsión legal distinta, las multas por infracción de Ordenanzas locales deberán respetar las siguientes cuantías:

- Infracciones muy graves: hasta 3.000 euros.
- Infracciones graves: hasta 1.500 euros.
- Infracciones leves: hasta 750 euros."

Como podemos observar este precepto sólo contempla, ante las posibles infracciones a las Ordenanzas Municipales, el establecimiento de sanciones pecuniarias.

Por consiguiente, y visto lo anterior, nos encontramos que por aplicación del principio de legalidad y, especialmente, teniendo en cuenta que el mencionado artículo 141 de la LRBRL sólo prevé la imposición de sanciones económicas, no puede una Ordenanza o Reglamento municipal modificar lo que una Ley determina, pues recordemos que el artículo 25.1 de la Constitución Española de 19878 (CE) establece que "Nadie puede

ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento."

En efecto, a partir de las interpretaciones que nuestro Tribunal Constitucional ha realizado del citado artículo 25.1 de la CE, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se decantó, si bien con algunas excepciones por una interpretación rigurosa del principio de legalidad, en el sentido de considerar que las ordenanzas municipales no pueden tipificar infracciones y sanciones, necesitándose, en todo caso, la existencia de específicas leyes de cobertura que creen las infracciones y establezcan las sanciones; considerando el Tribunal Supremo que las ordenanzas municipales carecen de rango normativo suficiente para ello (SSTS de 25 de mayo de 1993, 13 de noviembre de 1995, 6 de febrero de 1996, 8 de octubre de 2001, entre otras).
Relativamente reciente es una interesante Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la de 23 de noviembre de 2009, en la que si bien acepta que la ordenanza municipal puede establecer la sustitución de sanciones económicas, en los supuestos de faltas leves, por trabajos en beneficio de la comunidad, al tener cobertura legal en una Ley autonómica, declara sin embargo la falta de legalidad de determinados preceptos de la ordenanza municipal en la que, extralimitándose del contenido de la Ley autonómica, deja a la voluntad del Ayuntamiento el establecimiento de esta sanción de trabajos en beneficio de la comunidad sin que medie el preceptivo consentimiento del sancionado.
Por tanto, y como conclusión, consideramos que, salvados los casos en los que una Ley de ámbito estatal o autonómico así lo establezcan o autoricen, los Ayuntamientos, por vía de Ordenanzas o Reglamentos, no podrán establecer la posibilidad de sustituir sanciones económicas por trabajos en beneficio de la comunidad.

Badajoz, septiembre de 2011

ORGANIZACIÓN

Acceso a documentación de carácter laboral (memoria laboral y cuadrantes) a solicitud de un Agente de Policía

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha XX febrero y entrada en esta Institución Provincial el día XX marzo del año en curso , el Sr. Alcalde- Presidente del Ayuntamiento XXX interesa informe sobre el asunto epigrafiado, de conformidad con lo acordado por La Junta de Gobierno Local de XX 2011, manifestando lo siguiente:

" Vistos los escritos presentados por el Agente de la Policía Local número XX en los que solicita una copia de la memoria laboral, realizada del trabajo del año XX y una copia de los cuadrantes de servicios de los años XXX y 2010..."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- El artículo 18 de la LRBRL (artículo modificado por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre) dice que son derechos y deberes de los vecinos: «(…) e) Ser informado, previa petición razonada, y dirigir solicitudes a la Administración Municipal con relación a todos los expedientes y documentación Municipal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 105 de la Constitución».

Dicho artículo constitucional señala que «La Ley regulará: b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas (…)».

Asimismo el artículo 70.3 dispone que «Todos los ciudadanos tienen derecho a obtener copias y certificaciones acreditativas de los Acuerdos de las Corporaciones Locales y sus antecedentes, así como a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la Legislación de desarrollo del artículo 105, párrafo b), de la Constitución. La denegación o limitación de este derecho, en todo cuanto afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos o la intimidad de las personas, deberá verificarse mediante resolución motivada».

El Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), dispone en el artículo 207 que «Todos los ciudadanos tienen derecho a obtener copias y certificaciones acreditativas de los Acuerdos de los Órganos de Gobierno y Administración de las Entidades Locales y de sus antecedentes, así como a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la Legislación de desarrollo del artículo 105, b) de la Constitución Española. La denegación o limitación de este derecho, en todo cuanto afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de

los delitos o la intimidad de las personas, deberá verificarse mediante resolución motivada». Y el artículo 231 establece por otra parte que «1. Las solicitudes que dirijan los vecinos a cualquier órgano del Ayuntamiento en petición de aclaraciones o actuaciones Municipales, se cursarán necesariamente por escrito, y serán contestadas en los términos previstos en la Legislación sobre procedimiento administrativo».

SEGUNDA.-Establecido un derecho genérico de acceso a archivos y registros, con el consiguiente derecho a obtener copias, hay que acudir a la legislación de desarrollo que está contenida básicamente en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPDCP).

El artículo 37 de la Ley 30/1992 regula específicamente el derecho de acceso a archivos y registros, implicando (apartado 8) el derecho a obtener copias. Para conocer si se tiene derecho a ello, hay que valorar si se dan las circunstancias de dicho artículo:

1. Existe un derecho genérico a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.
2. Por otra parte, si contienen datos referentes a la intimidad de las personas el acceso estará reservado a estas.
3. Si se trata de documentos de carácter nominativo que no incluyan otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas (salvo los de carácter sancionador o disciplinario), y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo.
4. Existe la posibilidad de denegación del ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores si prevalecen razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada.

TERCERA.- Por su parte, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPDCP), regula la recogida, tratamiento y cesión de datos. En ocasiones lo que puede resultar valorable o ambiguo es determinar el concepto de lo que sean datos personales. A este respecto, el artículo 3 se dedica a las definiciones. Define como datos de carácter personal cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. Y como cesión o comunicación de datos, toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado.

El artículo 6.1 LOPDCP, dispone que el tratamiento de los datos de carácter personal requiera el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa. No siendo necesario dicho consentimiento, a tenor de lo establecido en el apartado segundo, cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio

de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.

Si bien no es necesario el consentimiento del afectado respecto a aquellos datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas, sin embargo no cualquier persona, como hemos señalado, puede acceder a la información contenida en los archivos y registros del Ayuntamiento.

El artículo 11 dispone con carácter general que «Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado». El apartado 2º regula los casos en que el consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso.

CUARTÍCULOA.- Visto lo anterior, y en atención a lo interesado por el Policía Local, en los escritos que motivan el presente y de acuerdo con la normativa reseñada y cuya regulación establece tres niveles de seguridad: básico, medio y alto, debemos señalar que todos los ficheros o tratamientos de datos de carácter personal deberán adoptar las medidas de seguridad calificadas de nivel básico.

Deberán implantarse, además de las medidas de seguridad de nivel básico, las medidas de nivel medio, en los siguientes ficheros o tratamientos de datos de carácter personal:

— Los relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales.

— Aquellos cuyo funcionamiento se rija por el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

— Aquellos de los que sean responsables Administraciones tributarias y se relacionen con el ejercicio de sus potestades tributarias.

— Aquéllos de los que sean responsables las entidades financieras para finalidades relacionadas con la prestación de servicios financieros.

— Aquéllos de los que sean responsables las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y se relacionen con el ejercicio de sus competencias. De igual modo, aquellos de los que sean responsables las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

— Aquéllos que contengan un conjunto de datos de carácter personal que ofrezcan una definición de las características o de la personalidad de los ciudadanos y que permitan evaluar determinados aspectos de la personalidad o del comportamiento de los mismos.

Además de las medidas de nivel básico y medio, las medidas de nivel alto se aplicarán en los siguientes ficheros o tratamientos de datos de carácter personal:

— Los que se refieran a datos de ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud o vida sexual.

— Los que contengan o se refieran a datos recabados para fines policiales sin consentimiento de las personas afectadas.

— Aquéllos que contengan datos derivados de actos de violencia de género.

QUINTA.- Además, los ficheros de datos personales se deben notificar e inscribir en el Registro General de la Agencia de Protección de Datos (APD). Esta última, en su informe de 1999, aunque se centra sobre especialidades relativas a los ficheros de nóminas plantea el nivel de seguridad que habrá de ser aplicado a este tipo de ficheros, y que mutatis mutandi, consideramos su extensión al asunto a que este informe se refiere en base a las consideraciones que el meritado Informe de la APD contiene, así:

«Con carácter general, debe indicarse que estos ficheros se encontrarán sujetos al nivel de seguridad básico en caso de que en los mismos no se contengan ninguno de los datos a los que posteriormente se hará referencia.

El problema se circunscribe, en consecuencia, a establecer el nivel de protección que deberá ser impuesto sobre los ficheros de nóminas en caso de que los mismos contengan datos relativos a la afiliación sindical y a la salud de las personas.

Pues bien, de lo establecido en el artículo 4.3 del Reglamento se deduce que, con independencia de la finalidad en virtud de la cual se haya procedido al tratamiento de los datos, será imprescindible que siempre que al fichero se incorporen este tipo de datos se apliquen las medidas de nivel alto.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, la Agencia Española de Protección de datos ha puesto de manifiesto que será posible que se proceda a la creación de diversos ficheros, conteniendo cada uno de ellos datos diferenciados que permitan la implantación en cada caso de medidas de distinto nivel (por ejemplo, discriminado los datos de salud e ideología en un fichero distinto al que contenga los datos identificativos básicos de los trabajadores o del puesto de trabajo que desempeñan).

En todo caso, debe reiterarse que el nivel alto sólo será de aplicación en caso de que los ficheros contengan datos que hayan de ser considerados estrictamente como relacionados con la salud (por ejemplo, la indicación del grado de minusvalía) o con la afiliación sindical (por ejemplo, a efectos de deducir la cuota sindical correspondiente) u otros especialmente protegidos».

SEXTA.- Pues bien, tales medidas de nivel básico se encuentran reguladas en el Título VIII del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal. Según estas medidas, el acceso al fichero estará autorizado para una relación de usuarios actualizada por el responsable del fichero.

En virtud del artículo 3.j) de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, únicamente tienen la consideración de fuentes de acceso público, es decir, cuya consulta puede ser realizada por cualquier persona, no impedida por una Norma

limitativa, o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación: el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su Normativa específica, las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan exclusivamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo, los Diarios y Boletines Oficiales y los medios de comunicación.

Pues bien, en este sentido, y para el supuesto de la plantilla y la relación de puestos de trabajo, es preciso tener en cuenta que según establece el artículo 127 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Régimen Local: «Una vez aprobada la plantilla y la relación de puestos de trabajo, se remitirá copia a la Administración del Estado y, en su caso, a la de la Comunidad Autónoma respectiva..., sin perjuicio de su publicación íntegra en el Boletín Oficial de la Provincia, junto con el resumen del Presupuesto». La Agencia Española de Protección de Datos en su Informe de 19 de marzo de 2000 indica que: «Por su parte, el artículo 15.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, establece el carácter público de las Relaciones de Puestos de Trabajo, si bien las mismas, no contendrán, a la vista del contenido exigido por el artículo 15.1.b), los datos del personal concreto que ocupe un determinado puesto de trabajo, sino exclusivamente las características de cada uno de los puestos de trabajo existentes en cada Dependencia Administrativa, siendo los datos personales referidos a cada funcionario público, de acceso restringido a este último, a tenor de lo dispuesto en el artículo 13.5, párrafo segundo de la propia Ley 30/1984».

En todo caso, no se considera comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento.

Por otra parte, el artículo 207 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, establece el derecho de todos los ciudadanos a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la legislación de desarrollo del artículo 105.b) de la Constitución Española: «La Ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas». En este último caso, se establece la necesidad de verificación mediante resolución motivada para la denegación o limitación de consulta.

CONCLUSIÓN

Si bien y en principio, no debe existir obstáculo en facilitar datos de carácter nominativo a terceros que acrediten un interés legítimo y directo, que no incluyan otros datos pertenecientes a la intimidad de la persona, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, si bien debe valorarse cada caso concreto para ver si existe un interés legítimo por parte de dicho tercero para facilitarle datos de carácter nominativo.

En el caso a que se contrae el presente informe, entendemos no procede acceder a lo solicitado, al contener la documentación interesada (Memoria y Cuadrantes), datos

personales de agentes de policía, actuaciones, servicios, guardias en servicio (puerta), patrullas (itinerarios), vigilancias ordinarias o extraordinarias, etc... que pudieran comprometer seriamente la actuación y el servicio del colectivo de la Policía del Municipio y en su caso, la seguridad de esta, y no responder la solicitud de dicha documentación a un interés manifestado por el policía solicitante que lo haga digno de atención.

Badajoz, Marzo de 2011

Incompatibilidad de Vocal de Junta Vecinal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Celebradas las elecciones locales el pasado día XX de Mayo, una de las personas que será proclamada Vocal de la Junta Vecinal, en la actualidad está trabajando para el Ayuntamiento (Decreto 153/2010, de 2 de julio, por el que se regula el Plan de Apoyo al Empleo Local (Programa de XX), contrato a tiempo parcial, finalización de la contratación XX/10/11, el coste del puesto se financia con la subvención recibida de la Junta de Extremadura y con financiación propia del Ayuntamiento:

Consultas: Sería causa de incompatibilidad, artículo. 178.1,b) Ley Orgánica 5/1985, de 19 de julio, del Régimen Electoral General, y en su caso, en qué momento se haría efectiva o debería la interesada decidir sobre su situación, antes de la toma de posesión o con posterioridad.

FONDO DEL ASUNTO

Conforme al artículo 178.2 b) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), "Son también incompatibles los directores de servicios, funcionarios o restante personal activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él."

Por su parte, el artículo 74 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) establece:

"1. Los miembros de las Corporaciones locales quedan en situación de servicios especiales en los siguientes supuestos:

- Cuando sean funcionarios de la propia Corporación para la que han sido elegidos.
- Cuando sean funcionarios de carrera de otras Administraciones Públicas y desempeñen en la Corporación para la que han sido elegidos un cargo retribuido y de dedicación exclusiva.

En ambos supuestos, las Corporaciones afectadas abonarán las cotizaciones de las mutualidades obligatorias correspondientes para aquellos funcionarios que dejen de prestar el servicio que motivaba su pertenencia a ellas, extendiéndose a las cuotas de clases pasivas.

2. Para el personal laboral rigen idénticas reglas, de acuerdo con lo previsto en su legislación específica.

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

La incompatibilidad no afecta al ejercicio del derecho de sufragio pasivo, además de que, según se lee en el Acuerdo de la Junta Electoral Central 13 de junio de 1995, "no

puede presumirse jamás". Obviamente, no afecta a la presentación ni a la proclamación de candidaturas, ni a la celebración de las elecciones. Sólo se produce a partir de la toma de posesión del puesto incompatible (Junta Electoral Central 21 de enero de 1999), pues hasta ese momento no adquiere la persona afectada la Plena condición del cargo que origina la causa de incompatibilidad.

Los artículos 108.8 y 195 de la LOREG son claros: sólo con la toma de posesión (que tiene lugar, como pronto, al vigésimo día de la celebración de las elecciones, en el supuesto de Entidades Locales Menores, el trigésimo) y el juramento o promesa de acatamiento a la Constitución, los candidatos electos adquieren la plena condición de sus cargos.

Las consecuencias prácticas de la distinción, pues, permiten al personal municipal no sólo concurrir al proceso electoral, sino también tomar posesión del cargo, pues hasta ese mismo momento no es Concejal, en este caso Vocal, y, por tanto, la causa de incompatibilidad no puede existir. La incompatibilidad y algunas de sus causas son cuestión electoral, mientras que la declaración, procedimiento y efectos es cuestión de Régimen Local.

Mientras no se declare expresamente, no existe jurídicamente incompatibilidad (Acuerdo de la Junta Electoral Central de 13 de junio de 1995). El artículo 178.3 de la LOREG y 10 del ROF señalan que «cuando se produzca una situación de incompatibilidad los afectados deberán optar…». La Junta Electoral Central, en una de sus Resoluciones más reiteradas (23 de mayo de 1983, 22 de septiembre de 1986, 14 de abril de 1989, 12 de abril de 1991, 16 de febrero de 1995, 22 de enero de 1996…) ha manifestado que la declaración de incompatibilidad con el cargo de Concejal es competencia del Pleno Municipal, a tenor del artículo 10 ROF, y por tanto, no de la Administración Electoral, que únicamente manifiesta su interpretación de la normativa electoral.

En cuanto al momento en que deba presentarse la renuncia al cargo de concejal (Vocal), ésta puede realizarse en momento anterior a la toma de posesión; en este caso la renuncia debe realizarse ante la Junta Electoral de Zona, pues el mandato de ésta se extiende hasta cien días después de celebradas las elecciones. Presentada la renuncia, la Junta Electoral de Zona deberá expedir credencial en favor del siguiente de la lista en la que esté incluido el renunciante a fin de posibilitar la participación de aquel en la sesión constitutiva de la Corporación. En este sentido la Junta Electoral Central en su acuerdo de 31 de octubre 2001 afirmó "No es necesario el conocimiento por el Pleno de la Corporación de renuncias anticipadas de quienes, por no ser aún concejales, no renuncian a dicho cargo sino a la condición de electos. "

Por contra, si el proclamado electo toma posesión, se produciría la situación de incompatibilidad, debiendo en este caso el Pleno proceder de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre :

"1. Los concejales y diputados deberán observar en todo momento las normas sobre incompatibilidad y deberán poner en conocimiento de la Corporación cualquier hecho que pudiera constituir causa de la misma.
2. Producida una causa de incompatibilidad y declarada la misma por el Pleno corporativo, el afectado por tal declaración deberá optar, en el plazo de los diez días siguientes a aquél en que reciba la notificación de su incompatibilidad, entre la renuncia a la condición de concejal o diputado o el abandono de la situación que de origen a la referida incompatibilidad.
3. Transcurrido el plazo señalado en el número anterior sin haberse ejercitado la opción se entenderá que el afectado ha renunciado a su puesto de concejal o diputado, debiendo declararse por el Pleno corporativo la vacante correspondiente y poner el hecho en conocimiento de la Administración electoral a los efectos previstos en los artículos 182 y 208 de la Ley Orgánica 5-1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General."

Por último, en cuanto a en qué sesión plenaria debe declararse en su caso la incompatibilidad, es aceptado de forma mayoritaria por la doctrina que el Pleno no puede declarar la causa de incompatibilidad en la Sesión constitutiva de la Corporación (Acuerdo de la Junta Electoral Central de 13 de junio de 1995): no caben actuaciones automáticas e inminentes respecto a la declaración de incompatibilidad, pues debe garantizarse el derecho constitucional a la audiencia del interesado (artículo 105 c) de la Constitución).

El ejercicio del derecho de opción debe hacerse dentro del plazo de 10 días, ya que tal y como señala el ya citado artículo 10.3 del ROF, transcurrido dicho plazo sin haberse ejercitado la opción, "se entenderá que el afectado ha renunciado al puesto de Concejal, debiendo declararse por el Pleno Corporativo la vacante correspondiente, y poner este hecho en conocimiento de la Administración Electoral", a los efectos previstos en el artículo 182 de la LOREG.

Ahora bien, se nos indica por el Ayuntamiento que la proclamada vocal electa ha sido contratada a través del Decreto 153/2010, de 2 de julio, por el que se regula el Plan de Apoyo al Empleo Local de la Junta de Extremadura, en el que se prevén subvenciones para tales fines de hasta un 80%. Se nos indica también que el contrato que el proclamado electo tiene lo es a tiempo parcial y que finalizará en octubre de 2011.

La Junta Electoral Central, en sus sesiones de 02/06/2005 y 10/11/2005 tiene reiteradamente acordado que no existe incompatibilidad con la condición de concejal si el interesado no se incorpora a la plantilla de personal del Ayuntamiento, ni tampoco cuando se trate de obras de corta duración y financiadas con fondos ajenos al Ayuntamiento, siempre que no se convierta en contratista de la Corporación local, supuesto éste incompatible conforme a lo dispuesto en el artículo 178.2.d) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

La cuestión está en dilucidar de si el contrato de referencia posibilita la incorporación del trabajador a la plantilla del Ayuntamiento. Pues bien, numerosa jurisprudencia, entre la que cabe reseñar la Sentencia de 30 Mayo 2008 del Tribunal Superior de

Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso-administrativo, tiene sentado que "Donde la actividad es circunstancial, extraordinaria o no permanente no puede hablarse de puesto de trabajo y por lo tanto no tiene razón de ser su reseña (al menos de forma imperiosa) en la correspondiente plantilla Orgánica". Por tanto serán estos elementos del puesto de trabajo (actividad circunstancial, extraordinaria o no permanente) los que indiquen si existe causa de incompatibilidad, lo cual, en todo caso debe ser apreciado y, en su caso, declarado, por la Junta Vecinal.

Badajoz, mayo de 2011

Derecho de información de Concejales.

HECHOS. ANTECEDENTES

Por Concejal del Ayuntamiento se ha interpuesto recurso de reposición contra negativa del Alcalde a facilitar Informe emitido por consultora sobre estados de cuentas

FONDO DEL ASUNTO

PRIMERO.- La materia objeto de consulta e informe, se centra en el derecho de información consagrado en el artículo 105.b) de la Constitución Española, y las normas que lo desarrollan, en concreto, en el ámbito de la Administración Local, por lo dispuesto en los artículos 35 y 37 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre y 69.1, 70.3 de la Ley 7/85, de 2 de abril y sus concordantes del Real Decreto 2568/86, de 28 de noviembre, artículos. 207 y 230, en lo que se refiere al derecho de información de los ciudadanos en general, y en su caso, en cuanto la información a suministrar lo fuere a miembros de la Corporación de, en cuanto refiere su entrega a un concejal de un grupo político municipal, habría de estarse a lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 7/85 de 2 de abril, y artículos 14 a 16 del Real Decreto 2568/86 (ROF).

SEGUNDO.- De acuerdo con la distinción que se hace en el apartado precedente, habrá de tenerse en cuenta lo siguiente:

a) Acceso a la información por los ciudadanos, en general:

Partiendo de que la información que se dice se haya solicitado por concejal de un grupo político, perteneciente a uno de los partidos políticos con representación municipal, estos de acuerdo con el artículo 6 de la CE, se configuran como instrumento fundamental de la participación ciudadana en la vida pública, y como tales, en tanto no actúen en el seno de la Corporación, como grupo municipal, -artículos. 23 a 29 ROF -, no gozarán, de más derechos que los de los ciudadanos en general, y en su consecuencia el régimen de la información a la que pueden acceder, será la que resulte de la aplicación, de la normativa reseñada, esto es, artículos. 35 y 37 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, artículos. 69.1 y 70.3 Ley 7/85 y 207 y 230 R.D. 2568/86, que se concreta del siguiente modo:

x) Solicitud debidamente razonada e individualizada, presentada por escrito en la Oficina de Información Municipal –Registro General, en su caso - cumpliendo los requisitos exigidos por la legislación sobre procedimiento administrativo común (artículos.151,156 y 230 ROF ; artículos. 37.7 y 70 Ley 30/92).

y) Por la Oficina de Información, se realizarán de oficio las gestiones encaminadas para que el solicitante obtenga en el más breve plazo posible y sin que ello suponga entorpecimiento de las tareas de los servicios municipales, la información solicitada (artículos. 159 y 230 ROF).

La información solicitada, podrá denegarse motivadamente (artículo.54. Ley 30/92), cuando hubiera de contener datos que afecten a la intimidad de las personas (artículo. 37.2 Ley 30/92), o de carácter nominativo – nombre y apellidos de personas -, en cuyo caso el peticionario tendría que acreditar un interés legitimo y directo (artículo. 37.3 Ley 30/92), y a salvo que dichos datos puedan estar protegidos por el secreto estadístico (Ley Orgánica 15/99, de Protección de Datos de Carácter Personal).

b) Acceso a información Municipal por Miembros Corporativos:

La regulación de la materia, viene recogida por el artículo. 77 Ley 7/85, y artículos. 14 a 16 ROF.

Así, en el caso que nos ocupa, y para el supuesto que la información que se dice solicitada por un concejal de un grupo político municipal, habría de estarse al régimen establecido en la normativa reseñada, y distinguir conforme a la misma, la forma de acceso a la información municipal ,atendiendo a la forma de solicitarla por el interesado y forma de facilitarla por el Ayuntamiento.

Información de acceso libre:

A la misma se refiere el artículo.15.c) ROF, para el acceso a información o documentos de la entidad local que sean de libre acceso a los ciudadanos, en cuyo caso sin necesidad de autorización del Alcalde, los servicios administrativos estarán obligados a facilitarlos al miembro corporativo, previa solicitud –entendemos – verbal o escrita por el interesado al Alcalde (artículo.14.1 ROF), con la necesaria salvaguarda respecto a la intimidad de las personas (LOPDP) y sujeto a la responsabilidad que de su actuación se derive por la utilización de la información obtenida (artículo.16.3 ROF).

En este caso, el examen o consulta de la documentación por el miembro corporativo se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en el artículo. 16.1.a) ROF, con carácter general, es decir, en el archivo o dependencia donde se encuentre la documentación, o bien mediante su entrega o copia de la misma, para su examen en el despacho o sala reservada a los miembros de la Corporación, sin que la documentación pueda salir de las dependencias municipales –artículo.16.1b) ROF-.

Igualmente será el acceso libre para el Corporativo, sin necesidad de autorización del Alcalde, a la información y documentación que requiera, en cuanto a los asuntos que hayan de ser tratados por los órganos colegiados de que forme parte, así como a las resoluciones o acuerdos adoptados por cualquier órgano municipal -artículo. 15.b) ROF -, así como, cuando se trate de acceso de los miembros de la Corporación que ostenten delegaciones o responsabilidades de gestión, a la información propia de las mismas – artículo. 15.a) ROF-.

En uno y otro caso, la consulta y examen de los expedientes, libros y documentación por el miembro corporativo, se llevará a cabo tratándose de libros de actas o de resoluciones, en el archivo o en la Secretaria General –artículo.16.1.c) ROF-, y la de los asuntos sometidos a sesión, en el lugar en que se encuentren de manifiesto a partir de la

convocatoria –artículo.16.1.d) ROF -.

Necesidad de autorización para acceso a información:

Se estará a lo dispuesto, en cuanto norma básica, por el artículo. 77 LBRL, y artículo. 14 ROF, en cuanto determina que " 1. Todos los miembros de las Corporaciones locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función. 2. La petición de acceso a las informaciones se entenderá concedida por silencio administrativo en caso de que el Presidente o la Comisión de Gobierno no dicten resolución o acuerdo denegatorio en el término de cinco días, a contar desde la fecha de la solicitud. 3. En todo caso, la denegación del acceso a la documentación informativa habrá de hacerse a través de resolución o acuerdo motivado."

Así, el derecho del concejal a la información es un "plus" a su derecho a la misma como ciudadano. La Corporación y en particulares Alcalde o Presidente, han de adoptar las medidas precisas para hacer efectivo

este derecho, si bien ha de exigirse racionalidad por parte del Concejal, evitando el abuso de peticiones, o el dirigirse directamente al funcionario correspondiente, obviando el mandato normativo. De tal modo, que como regla general, regirá el acceso a la información interesada, y no podrá denegarse, a salvo que la información solicitada sea ajena a la razón en que pretenda ampararse el solicitante, o por su amplitud, pueda comprometerse el normal funcionamiento de los servicios y salvo en todo caso, el limite general, a las de carácter nominativo y que puedan afectar a la intimidad de las personas.

En cualesquiera de los casos, los miembros corporativos, conforme al artículo 16.3 ROF, "…tienen el deber de guardar reserva en relación con las informaciones que se les faciliten para hacer posible el desarrollo de su función, singularmente las que han de servir de antecedente para decisiones que aún se encuentren pendientes de adopción, así como para evitar la reproducción de la documentación que pueda serles facilitada, en original o copia para su estudio."…

c) De la actuación de los funcionarios municipales:

Todo funcionario público ha de atemperar su función a la que le corresponda de acuerdo con la naturaleza del puesto de trabajo que ocupe y con los cometidos que al mismo estuvieran asignados en la Relación de Puestos de Trabajo, aprobada por la Corporación, y en todo caso, a los que atendiendo a la clasificación del puesto que desempeña vinieran determinados por la legislación general de regulación de la función pública.

De lo anterior resulta, que para con el derecho de información que hemos analizado más arriba, su cometido es distinto según la información que hubiera de facilitar, lo fuere de aquella cuyo acceso es libre e incondicionado para ciudadanos y miembros corporativos – con las salvedades repetidas, que afecten a la intimidad de las personas, etc.. -, en cuyo caso a la vista de la solicitud del interesado, facilitará su conocimiento por este ateniéndose a lo dispuesto en las normas internas de la

Corporación, y en todo caso, a lo dispuesto en el Real Decreto 2568/86, y que referimos en los apartados precedentes.
Muy por el contrario, cuando se trate de información que siendo solicitada, requiera de previa autorización del Alcalde o Presidente, habrá de estar el funcionario a los términos de la misma, pues en modo alguno le es dable a dicho servidor público, el facilitar dicha información, sin incurrir en responsabilidad, que desde luego le sería exigible, acreditado el hecho, como conducta reprobable, por medio de expediente disciplinario instruido al efecto, con arreglo al Real Decreto 33/86, de 10 de enero, atendiendo a lo dispuesto en los artículos. 146 y ss. del Real Decreto Legislativo 781/86.
CONCLUSION
Siendo que el documento solicitado lo ha sido por un miembro corporativo.
Siendo, asimismo, que se trata de un documento aportado por el Sr. Alcalde en el Pleno Corporativo y referido a una materia tan importante en la vida municipal como es el estado de las cuentas.
Resultando que el informe en cuestión ha sido, por otra parte, sufragado con fondos municipales:
No existe argumento legal alguno para negar lo solicitado.
Dicho esto, no podemos manifestarnos de forma directa sobre la resolución del recurso planteado por el corporativo, por cuanto conforme a nuestro protocolo de actuaciones, en su epígrafe 4 de los conceptos generales se dice:
“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 36 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, la prestación de los servicios comprendidos en los protocolos será facultativa para la Diputación, en atención a las circunstancias de todo orden que concurran en cada caso, cuya apreciación corresponderá al Oficial Mayor.
En ningún caso realizará actuación alguna en los siguientes supuestos:

- Cuando en el asunto sometido a consulta, informe o asistencia puedan estar implicados de manera contradictoria dos usuarios de este servicio.
- Cuando el asunto esté en sede judicial, en cuyo caso procederá la petición de asistencia al Gabinete de Asuntos Judiciales de la Diputación de Badajoz.
- Cuando se refiera a actuaciones de la Corporación contra otros corporativos del mismo o de anteriores mandatos

Badajoz, noviembre de 2011

Alcance de la función certificante del Secretario del Ayuntamiento en relación a determinadas materias (Catastro, Registro de la Propiedad,....)

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha X.12.2011, recibido en esta Corporación Provincial, el día X.12.2011, el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento XX, solicita informe, sobre "...las peticiones que a menudo llegan a este Ayuntamiento. Instancias cuyo texto es similar al siguiente: " Solicita del Ayuntamiento expida certificación en la que haga constar que la casa de la xx, señalada actualmente con los números XX de la Calle XX, antes y según escritura estaba señalada con el núm. XX y según catastro número XX de dicha calle; que es la finca registral número_____ y le corresponde la Referencia Catastral número_____"

En estos escritos se requiere que certifiquemos:

- La numeración que tiene actualmente y que ha tenido en el pasado una vivienda en la localidad.
- La numeración que esta vivienda tiene en catastro
- el número de finca registral
- La referencia catastral

El objeto de la presente consulta es el siguiente ¿hasta donde llega la facultad del Secretario del Ayuntamiento para certificar? Tiene facultad el Secretario para certificar el número de la finca registral de un inmueble? ¿ y para certificar la referencia catastral?"

FONDO DEL ASUNTO

PRIMERO.- Una práctica muy común en el día a día de los Ayuntamientos es pensar que, por desgracia, el Secretario del Ayuntamiento puede y debe certificar cualquier cosa, sin pararnos a pensar si está habilitado para ello.

Así, la función de fe pública reconocida legalmente a los Secretarios de Ayuntamiento, como Funcionarios con habilitación nacional, hoy estatal, viene consagrada en el artículo. 2 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el Régimen jurídico de los Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional (hoy estatal), que establece, de modo taxativo, en qué ámbitos puede y debe llevarse a cabo exclusivamente dicha tarea de fe pública.

En esa línea, el artículo. 204 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- prevé que "Las certificaciones de todos los actos, resoluciones y acuerdos de los órganos de Gobierno de la entidad, así como las copias y certificados de los libros y documentos que en las distintas dependencias existan, se expedirán siempre por el Secretario, salvo precepto expreso que disponga otra cosa."

Vemos, pues, que la función de fe pública relativa a las certificaciones viene limitada, principalmente, a los "actos, resoluciones y acuerdos de los órganos de Gobierno de la entidad, así como las copias y certificados de los libros y documentos que en las distintas dependencias existan".

SEGUNDO.- Ahora bien, en el caso planteado, debemos matizar que, en relación al ámbito de la información catastral, salvo que el Ayuntamiento en cuestión sea uno de los denominados "Puntos de Información Catastral", el Secretario del Ayuntamiento NO podrá expedir certificaciones de referencias catastrales de un inmueble, por cuanto no supone un ámbito de su actuación y no ser datos que dependan de su custodia.

A tal efecto, debe partirse de que el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, en su artículo. 50.2 restringe la titularidad de los datos catastrales a la Administración General del Estado, señalando que "la entrega y utilización de información catastral gráfica y alfanumérica estarán sujetas a la legislación sobre la propiedad intelectual. Los derechos de autor corresponderán, en todo caso, a la Administración General del Estado. De igual forma, dicha entrega y utilización estará sujeta a la exacción de las tasas que correspondan, de conformidad con lo establecido en el título VII."

Por su parte, el Real Decreto 417/2006, de 7 de abril, por el que se desarrolla el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, en su artículo. 72 reconoce a los Puntos de Información Catastral la facultad para emitir certificaciones catastrales, señalando en su apartado 1º que:

"La información catastral podrá difundirse, mediante los puntos de información catastral, por las Administraciones, corporaciones o entidades a las que se refiere el artículo 4 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario cuya competencia se desarrolle en el territorio de régimen común, previa autorización de la Dirección General del Catastro que, mediante resolución, determinará las condiciones de establecimiento de aquéllos, así como el catálogo de los servicios que prestarán".

Y en su apartado 4º dispone que "Los certificados y demás documentos generados por el punto de información catastral contendrán la fecha de su expedición y un código electrónico que permita la comprobación de su integridad y autenticidad y gozarán de plena validez y eficacia…".

Lo dicho anteriormente cabe extenderlo, "mutatis mutandi" a los datos registrales de las fincas en cuestión , habida cuenta que según el artículo 335 RH:

"Los Registradores de la Propiedad son los únicos funcionarios que tienen facultad de certificar lo que resulte de los libros del Registro."

En los libros del registro han de figurar para cada finca, entre otros datos la numeración de la finca a efectos registrales, disponiendo el artículo. 42 del mismo Reglamento, que:

"Para numerar las fincas que se inscriban conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley, se señalará con el número uno la primera que se inscriba en cada Ayuntamiento o Sección y con los números siguientes, por orden riguroso de fechas, las que sucesivamente se vayan inscribiendo. Dicha numeración se hará siempre en guarismos."

Consecuencia de lo anterior el Secretario del Ayuntamiento, NO podrá expedir certificaciones referentes al número de finca registral de un inmueble, al ser función exclusiva de los Registradores de la Propiedad

TERCERO.- Por otro lado, respecto de la numeración de los inmuebles en la vía pública, debe acudirse a la resolución de 1 de abril de 1997, conjunta de la Presidenta del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación Territorial, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre la gestión y revisión del Padrón Municipal (publicado en el Boletín Oficial del Estado, de 11 de abril de 1997, mediante resolución de 9 de abril de 1997, de la Subsecretaría de la Presidencia del Gobierno).

Así, en el apartado IV de la resolución citada, titulado «Revisión de las unidades poblacionales, seccionado y callejero», se dispone lo siguiente:

«Los Ayuntamientos deberán mantener actualizada la numeración de los edificios, tanto en las vías pertenecientes a núcleos de población como en la parte diseminada, debiendo estar fijado en cada uno el número que le corresponda.

Para la numeración de edificios se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

a) En las vías urbanas deberá estar numerada toda entrada principal e independiente que dé acceso a viviendas y/o locales, cualquiera que sea su uso. No se numerarán las entradas accesorias o bajos como tiendas, garajes, dependencias agrícolas, bodegas y otras, las cuales se entiende que tienen el mismo número que la entrada principal que les corresponde. No obstante, cuando en una vía urbana existan laterales o traseras de edificios ya numerados en otras vías, como tiendas, garajes u otros, cuyo único acceso sea por dicho lateral o trasera se numerará el edificio, teniendo dicho número el carácter accesorio.

b) Los números pares estarán de forma continuada en la mano derecha de la calle y los impares en la izquierda.

c) Cuando por la construcción de nuevos edificios u otras causas existan duplicados se añadirá una letra A, B, C... al número común.

.../...»

Con ello se toma en cuenta la importancia que la nomenclatura y rotulación de las vías públicas y la numeración de edificios tiene, ya que produce efectos en numerosos aspectos (dirección postal, catastro de inmuebles, censo electoral, padrón de habitantes, etc.). Por ello, en la asignación de número a las viviendas nuevas debe tenerse en cuenta los solares existentes en la calle, reservando números para cuando se lleven a cabo las edificaciones correspondientes.

Por otro lado, el artículo 75 del Reglamento de Población y Demarcación de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, establece:

«1. Los Ayuntamientos mantendrán actualizadas la nomenclatura y rotulación de las vías públicas, y la numeración de los edificios, informando de ello a todas las Administraciones públicas interesadas.

.../...»

En definitiva, la instrucción anteriormente citada reitera la necesidad de la actualización pertinente de la nomenclatura de vías y la numeración de edificios, que ya establecía el citado real decreto de 1986, por la relevancia que, a efectos de padrón, estadísticos, catastrales y, en definitiva, de seguridad jurídica, conlleva, y que en cuanto es fruto de una competencia municipal y su adecuación (renumeración, roturación y/o denominación de las vías públicas) consecuencia de actos, resoluciones y acuerdos de los órganos de Gobierno de la entidad, por lo que sus vicisitudes, pasadas y actuales si entran en las facultades certificantes y fedatarias del Secretario de la Corporación.

Badajoz, enero de 2012

Interposición de recurso de alzada contra resolución del SPEE, por inadmisión de solicitud de subvención del Programa de Fomento del Empleo Agrario "Generador del Empleo Estable".

ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha XX de julio de 2011, tiene entrada en la Oficialía Mayor escrito del Ayuntamiento de Llerena, en relación con la interposición de recurso de alzada contra resolución del SPEE, por inadmisión de solicitud de subvención del Programa de Fomento del Empleo Agrario "Generador del Empleo Estable", por pretendida presentación fuera de plazo de la misma.
- Acompañan a la solicitud, copia de los siguientes documentos:

o Escrito del Ayuntamiento XX, dirigido a la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal, mediante el que se remite documentación relativa a la "Convocatoria Pública de solicitud de subvenciones para Proyectos de Interés General y Social Generadores de Empleo Estable, para el año 2011". En dicho escrito constan sendos sellos del Registro General del Ayuntamiento: el primero de ellos, de Entrada – Ventanilla Única, nº XX de XX/05/2011, a las XX horas; y el segundo, de Salida – Ventanilla Única, nº XX, de XX/05/2011, a las XX horas.

o Escrito de la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal, mediante el que, en cumplimiento del artículo 42.4 de la LRJPAC se comunica la entrada del expediente en dicho organismo con fecha XX/05/2011 y su identificación con el número XX.

o Escrito del Ayuntamiento XX, dirigido a la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal, mediante el que se remite documento emitido por el funcionario municipal encargado del Negociado del Registro General del Ayuntamiento en el que se acredita la presentación en plazo a través de Ventanilla Única de la documentación relativa a la "Convocatoria Pública de solicitud de subvenciones para Proyectos de Interés General y Social Generadores de Empleo Estable, para el año 2011". En dicho escrito consta el sello del Registro General del Ayuntamiento, Salida, nº 1595, de 22/06/2011, a las 12:43 horas. Así mismo se aporta el propio documento al que se alude y el resguardo acreditativo de su remisión por telefax al nº de destino 924243032, con fecha 22/06 a las 14:36 horas.

o Escrito de la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal, mediante el que se remite Resolución de inadmisión de la solicitud presentada por el Ayuntamiento, que se fundamenta según consta en el Fundamento de Derecho Primero en los términos que se transcriben "Vista la solicitud presentada, se procede a su inadmisión a trámite por presentación de la misma fuera del plazo legalmente establecido (15/05/11) punto sexto de la convocatoria de 18/03/11 …, teniendo en cuenta con lo dispuesto en el artículo. 47 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento A. Común."

- Solicitada información adicional, se facilita por el Ayuntamiento la aludida Convocatoria de subvenciones de 18/03/2011.

FONDO DEL ASUNTO.

1º. La propia Convocatoria de Subvenciones, en su apartado sexto, determina que el plazo de presentación de finalizará el 15/05/2011. En tanto que el apartado quinto, al regular la presentación de solicitudes establece que se presentarán en las Direcciones Provinciales del Servicio Público de Empelo Estatal/INEM, añadiendo a continuación que "… se podrán presentar en cualquiera de las formas previstas en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, …" Interesa particularmente del precepto citado el apartado c con la redacción de la Ley 4/1999, de 13 de enero, que se transcribe a continuación "4. Las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones públicas podrán presentarse: … b) En los registros de cualquier órgano administrativo, que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, o a la de alguna de las entidades que integran la Administración Local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno convenio." Del tenor del último inciso del precepto reproducido resulta que las entidades locales pueden constituir registros (comúnmente denominados Registros de Ventanilla Única) que desplegarán los mismos efectos que si se tratarán del registro del órgano al que se dirige la solicitud y esa es la situación del Ayuntamiento de XX, según se deduce de los sellos de los registro de entrada y salida estampados en la solicitud, para lo que tendrá formalizado el preceptivo convenio.

Por tanto, debe concluirse que existe un error material en el Fundamento de Derecho Primero de la Resolución de inadmisión de la solicitud, por cuanto la fecha de presentación, tal y como queda acreditado en el sello del Registro de Entrada – Ventanilla Única y en el informe del Encargado del Registro, es la de 13 de mayo de 2011, en tanto que el plazo de presentación, conforme al apartado sexto de la Convocatoria de Subvenciones, finaliza dos días después, el 15 de mayo de 2011. Y ello con independencia de que, como consta en el escrito de comunicación de entrada del expediente, la fecha de entrada en el registro de la Dirección Provincial, 17 de mayo de 2011, sea posterior al plazo de presentación, porque el Ayuntamiento cumplió el requisito al presentar su solicitud dentro del plazo en el Registro de Entrada – Ventanilla Única constituido en la propia entidad.

En relación con lo expuesto y pese a que el asunto se centra en una mera cuestión de carácter fáctico, téngase en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.1 de

la CE los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, en tanto que el apartado 3 del mismo precepto constitucional garantiza los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. En otro orden, el artículo 47 de la LRJPAC dispone que "Los términos y plazos … obligan a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos …", el artículo 52.2 de la misma norma proscribe la inderogabilidad singular por medio de las resoluciones administrativas al establecer que "Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan igual o superior rango a éstas." y el artículo 53 del mismo cuerpo legal exige que los actos administrativos se dicten ajustándose al procedimiento establecido.

2º. Por lo que respecta al recurso de alzada, su regulación está recogida en el los artículos 107, apartados 1 y 2, 114 y 115 de la LRJPAC, estando concebido como un trámite sustanciado ante el superior jerárquico contra resoluciones que no pongan fin a la vía administrativa. En nuestro caso, según recoge la propia resolución, se dirigirá al Ministerio de Trabajo e Inmigración, si bien, conforme al artículo 114.2 de la LRJPAC se podrá interponer ante la propia Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal. El plazo de interposición (apartado 1 del artículo 115 de la LRJPAC), al tratarse de un acto expreso, será de un mes, contado a partir del día siguiente al de la notificación, por lo que al haberse recibido en el Ayuntamiento el día 06/07/2011, por aplicación de las reglas del artículo 48, apartados 2 y 3, se extenderá hasta el día 8 de agosto de 2011, ya que el día 7 es domingo.

Por último, a efectos probatorios, sería conveniente acompañar al recurso la siguiente documentación:

- Certificación acreditativa de los asientos del registro de entrada y de salida de la solicitud, expedida por el Secretario del Ayuntamiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del ROF.
- Copia compulsada del Convenio de Ventanilla Única o certificación acreditativa de su formalización, con el fin de acreditar la vigencia del mismo en la fecha de la controversia.
- Copia compulsada o certificación acreditativa de la publicación del Convenio.

Badajoz, julio de 2011.

Derechos del Ayuntamiento en herencia de persona fallecida hace más de tres años, sin testamento ni herederos forzosos.

ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

a) Con fecha XX de julio de 2011, tiene entrada en la Oficialía Mayor, escrito del Ayuntamiento de XX, en el que se solicita informe sobre los derechos del Ayuntamiento en la herencia de una persona fallecida hace más de tres años sin haber testado y sin herederos forzosos.

b) En el mismo escrito se informa que "Los herederos más cercanos son de tercera generación (aproximadamente 26 personas), al parecer ninguno tiene interés en reclamar la herencia."

FONDO DEL ASUNTO.

1º. Cuando una persona fallece sin haber dejado un testamento que regule su herencia, hizo testamento pero no es válido o su testamento no resuelve el destino que ha de darse a la totalidad de los bienes, será la ley la que determine las personas a las que debe atribuirse el patrimonio del fallecido. Este tipo de sucesión recibe varios nombres, sucesión intestada o abintestato, sucesión legítima o sucesión legal.

Por lo que interesa al caso concreto planteado, el escrito del Ayuntamiento alude a la existencia de herederos de tercera generación, por lo que esos pretendidos herederos, conforme al artículo 915 del CC, en el supuesto de mayor proximidad (biznietos del causante), son parientes de tercer grado y, conforme a los artículos 930 y siguientes del Código Civil, la sucesión legal podría alcanzar hasta el cuarto grado.

De no darse las circunstancias debidas y no concurrir personas con preferencia en la herencia del causante, estaríamos ante una situación distinta, la sucesión intestada cuando el fallecido no tiene parientes con derecho a heredar, al que así mismo da solución el Código Civil en los artículos 913, 956, 957 y 958. Los dos primeros preceptos citados, atribuyen al Estado la condición de sucesor, pero "Para que el Estado pueda apoderarse de los bienes hereditarios habrá de preceder declaración judicial de heredero, adjudicándole los bienes por falta de herederos legítimos." (artículo 958 del CC). Declarado heredero el Estado, conforme al citado precepto, debe distribuir la herencia del siguiente modo:

- Una tercera parte a instituciones municipales de beneficencia o acción social del domicilio del difunto.
- Una tercera parte a instituciones provinciales del mismo carácter.
- Una tercera parte se destinará a la Caja de Amortización de la Deuda Pública, salvo que, por la naturaleza de los bienes heredados, el Consejo de Ministros acuerde darles, total o parcialmente, otra aplicación.

2º. En el orden administrativo, la LPAP establece en su artículo 20.6 que apartado 6 que "La sucesión legítima de la Administración General del Estado se regirá por el Código Civil y disposiciones complementarias." Por lo que respecta al procedimiento está regulado en el RGLPAP, tal y como dispone su artículo 4: "Cuando se den las circunstancias establecidas en el Código Civil para que tenga lugar la sucesión legítima de la Administración General del Estado, según lo previsto en el artículo 20.6 de la Ley, se aplicarán las normas contenidas en el presente capítulo para obtener la declaración de la Administración General del Estado como heredera abintestato, así como para gestionar y liquidar el caudal hereditario."

3º. Conforme al artículo 5.1 del RGLPAP, el procedimiento para la obtención de la declaración de la Administración General del Estado como heredera abintestato, se iniciarán siempre de oficio por la Delegación de Economía y Hacienda de la provincia en la que el causante hubiera tenido su último domicilio. Siguiendo el mandato del artículo 958 del CC antes transcrito, el apartado 2 del artículo 5 del RGLPAP prevé que en estos procedimientos se persone el Abogado del Estado para formular las peticiones que procedan y para, obtenida la declaración de heredera a favor de la Administración, dar traslado del auto judicial a la Delegación de Economía y Hacienda de la provincia que proceda a la administración de la herencia. Interesa aquí dejar constancia de que, como se ha dicho, el procedimiento se inicia necesariamente de oficio, puede serlo "… por propia iniciativa, bien como consecuencia de la denuncia de particulares o de la comunicación de otros órganos de la Administración General del Estado, de otras Administraciones Públicas o de las personas …", según dispone el ya citado artículo 5.1, en tanto que el artículo 6, regula el deber de comunicación en los siguientes términos:" 1. Los que por razón de su cargo o empleo público tuvieran noticia del fallecimiento intestado de alguna persona que carezca de herederos legítimos, estarán obligados a dar cuenta del mismo a la Delegación de Economía y Hacienda de la provincia en la que, según su información, el causante hubiera tenido su último domicilio. 2. Igual obligación incumbe a los responsables del centro o de la residencia en que hubiera vivido el causante, y al administrador o representante legal del mismo."

Con carácter previo, el artículo 8 del RGLPAP, exige que la Delegación de Hacienda de la Provincia realice una investigación y comprobación de los antecedentes necesarios para determinar los bienes, debiendo remitir las actuaciones a la Dirección General de Patrimonio del Estado que es órgano competente para acordar la solicitud de declaración, pudiendo acordar en ultimo término el archivo del expediente "… si en la masa hereditaria no figurasen bienes inmuebles o éstos no se localizasen, y el valor de

los bienes muebles que pudieran formar el caudal previsiblemente no supere los gastos de tramitación del expediente, …"

4º. Obtenida la declaración de heredero, conforme al artículo 9 del RGLPAP, la Administración debe instar al Juzgado la entrega de los bienes y, una vez recibidos, en tanto se liquida, serán administrados y conservados por la Delegación de Hacienda, que adoptará las medidas que estime adecuadas para su correcta gestión.

Dejando a salvo las excepciones previstas en el artículo 11 del RGLPAP, conforme al artículo 12, el destino de los bienes será su enajenación, debiendo anotarse los importes obtenidos en la cuenta de ingresos y gastos del caudal hereditario. Liquidado todo el caudal hereditario se formará la cuenta general de liquidación del abintestato, que contendrá la propuesta de distribución en los tercios señalados en el artículo 956 del Código Civil, elevándose las actuaciones a Dirección General del Patrimonio del Estado, que es el órgano competente para la resolución del expediente.

El artículo 14 del RGLPAP regula la distribución del caudal hereditario, estableciendo en el apartado 1, dos importantes previsiones con vistas a la determinación de las entidades beneficiarias y de su carácter municipal y provincial, disponiendo que "A tales efectos, se considerarán como instituciones de beneficencia, instrucción, acción social o profesional, las asociaciones declaradas de utilidad pública y las fundaciones debidamente inscritas en los registros públicos correspondientes. La consideración de su carácter provincial o municipal vendrá determinada por su ámbito geográfico de actuación, siendo necesario, respecto de instituciones de ámbito nacional, su presencia y actuación efectiva en el territorio correspondiente."

El procedimiento de distribución se basa en la concurrencia de las instituciones interesadas, para lo que se publicarán los correspondientes anuncios en el Boletín Oficial de la provincia o de la comunidad autónoma, y se enviará copia al Ayuntamiento del último domicilio del causante, a la Diputación Provincial y a la Comunidad Autónoma, que artícularán los medios de difusión y publicidad oportunos al objeto de dar a conocer, dentro de cada ámbito territorial y sectorial, el derecho de las instituciones señaladas a participar en la distribución de la herencia.

Recibidas las solicitudes, la Delegación de Economía y Hacienda comprobará el derecho de las instituciones presentadas y resolverá, previo informe de la Abogacía del Estado, sobre la distribución del caudal, otorgando preferencia exclusivamente a aquellas instituciones a las que el causante haya pertenecido por su profesión y haya consagrado su máxima actividad. Dicha resolución se notificará a las instituciones que hayan sido designadas, con indicación de la porción que corresponde a cada una dentro del tercio correspondiente de la herencia, y será objeto de publicación en el Boletín Oficial de la provincia o de la Comunidad Autónoma.

Si no concurrieran a la distribución de la herencia instituciones municipales o provinciales, la parte vacante acrecerá, por partes iguales, a las instituciones concurrentes y a la Administración General del Estado, y en defecto de aquéllas, se asignará la totalidad del caudal a la Administración General del Estado.

5º. En conclusión, este funcionario considera que el Ayuntamiento se puede ver afectado por la situación objeto del presente informe en los siguientes aspectos:

a) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.1 del RGLPAP está obligado a comunicar dicha situación a la Delegación Economía y Hacienda de la Provincia.

b) Así mismo, en aplicación del artículo facilitará de forma gratuita la información que se le solicite, sobre el causante y los bienes y derechos de su titularidad.

c) Difundirá el anuncio de convocatoria del procedimiento de distribución, al objeto de dar a conocer en el municipio el derecho de las instituciones señaladas a participar en la distribución de la herencia.

d) Por último, podrá participar en la distribución que se realice del caudal hereditario, en la medida en que sea titular de alguna institución o instituciones que resulten beneficiadas de la misma.

Badajoz, septiembre de 2011.

Reserva de puesto de trabajo de Secretaria-Interventora interina.

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante email por la Sra. Secretaria-Interventora del Ayuntamiento XXX, se solicita informe en relación con el asunto epigrafiado.

Al referido escrito se acompaña copia de la petición de la anterior Secretaria-Interventora interina de concesión de servicios especiales y copia de los nombramientos de la actual Secretaria-Interventora y del acta de toma de posesión de D.XXX con nombramiento definitivo, en virtud de Resolución de XX febrero de 2009, de la Dirección General de Cooperación Local, por la que se resuelve el concurso unitario de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. (BOE num.71, de 24 de marzo de 2009)

FONDO DEL ASUNTO:

PRIMERO.-

En primer lugar hemos de indicar que conforme a la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007, de 12 de abril, en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, en la materia que nos ocupa: Situaciones administrativas (artículos 85—92) sigue vigente la regulación de las situaciones administrativas contenida en la Ley 30/1984 y en el Real Decreto 365/1995. Los efectos de la situación de servicios especiales siguen siendo los previstos en el artículo 29 de la Ley 30/1984 y sus normas de desarrollo

SEGUNDO.-

Según el artículo 10.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, son funcionarios interinos (en el caso que nos ocupa la Secretaria-Interventora anterior tiene esa condición) los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

a. La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.
b. La sustitución transitoria de los titulares.
c. La ejecución de programas de carácter temporal.
d. El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses.
El apartado quinto de ese mismo artículo, dice que «A los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera».

TERCERO.-
La excedencia es una de las situaciones administrativas en que se pueden encontrar los funcionarios de carrera regulada en el artículo 89 del Estatuto Básico del Empleado Público.
El tiempo de permanencia en esta situación será computable a efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de Seguridad Social de aplicación.
El tiempo de permanencia en esta situación será computable para participar en las pruebas de promoción interna.
Esta situación conlleva la reserva del puesto de trabajo desempeñado durante dos años. Transcurrido ese periodo, la reserva será a un puesto en la misma localidad y de igual retribución.
En cualquier caso, la consulta plantea si la situación referida es aplicable o no a los funcionarios interinos y en este aspecto nos centraremos:
Cuando el Legislador regula los derechos de los funcionarios, como al de la jornada de trabajo, permisos y vacaciones; se refiere a los funcionarios públicos sin diferenciar a los de carrera de los interinos, de lo que se deduce que éstos se consideran incluidos.
En otros derechos de los funcionarios, como los retributivos, la Ley dedica un precepto a parte para regular los que les corresponden a los funcionarios interinos.
Pero, como se puede apreciar, en este Título VI se regulan las situaciones en que se pueden encontrar los funcionarios «de carrera» y se dedica un apartado a las situaciones del personal laboral, sin mencionar en ningún momento a los funcionarios interinos, de lo que se podía deducir que este Título no les será de aplicación.
Ahora bien, al funcionario interino se le aplican las normas correspondientes a los funcionarios de carrera que no sean incompatibles con su situación (artículos 10.5 EBEP y 105 LFCE). Disfrutan, entre otros, del derecho a la protección por desempleo al término de su vinculación con la Administración, de conformidad con el artículo 205.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, o a su integración en el régimen general de la Seguridad Social (artículo 7.1 e) del mismo texto legal. Además, en los últimos tiempos, algunos derechos derivados de la permanencia en el puesto y niveles de retribución determinados (situaciones administrativas y trienios), tradicionalmente negados por la doctrina y la jurisprudencia, han sufrido un vuelco sustancial.

Una larga y mantenida doctrina administrativa y jurisprudencial ha negado la excedencia, de cualquier tipo al personal interino, en base del régimen jurídico aplicable, lo que no implicaba discriminación (Sentencias del Tribunal Constitucional de 22 y 24/1983 y 99/1984), y mantenida por los Tribunales Superiores Regionales (STSJA 674/1995; STSJG, 177/1998; STSJCM, 2168/1998), de la que es buena muestra la del Tribunal Superior de Justicia Valenciano de 13—12—1994, al afirmar: «Y es precisamente, en materia de situaciones administrativas, donde incide específicamente la salvedad establecida en el artículo 105 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 1964 (la naturaleza de su condición), por cuanto en todo momento se vincula la posibilidad de acceder a tales situaciones con la condición de funcionario de carrera».

Con fecha 20 de diciembre de 1999, y reiterándose en 24 de enero de 2000, el Tribunal Constitucional rompe la línea jurisprudencial reseñada y considera «[...] que no existe justificación objetiva y razonable, desde la perspectiva del artículo 14 de la CE para, en orden al disfrute de un derecho legal relacionado con un bien constitucionalmente relevante como el cuidado de los hijos, dispensar, a un funcionario interino que lleva más de cinco años ocupando una plaza, un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto al dispensado a los funcionarios de carrera, con el único argumento de que legalmente su relación con la Administración es provisional en tanto no se provea por funcionario de carrera. Con ello no se trata de afirmar que ante situaciones de interinidad de larga duración las diferencias de trato resulten injustificadas desde la perspectiva del artículo 14 CE, sino de destacar que pueden serlo en atención a las circunstancias del caso, y, muy especialmente, a la trascendencia constitucional del derecho que recibe un tratamiento desigual».

Razones, todas ellas, que nos llevan a la consideración de que las Sentencias del Tribunal Constitucional responden a unas circunstancias singulares como la duración de la interinidad en más de cinco años, la no discriminación por razón de sexo, el tipo concreto de excedencia solicitada, etc., que nos hacen pensar en su carácter meramente puntual (salvo en Castilla—La Mancha) y enormemente crítico para la doctrina especializada.

La rúbrica del artículo 85, situaciones administrativas de los funcionarios de carrera contiene una importante especificación: las situaciones administrativas se aplican a los funcionarios de carrera. Esta proposición está vinculada al sentido primigenio del propio concepto de situación administrativa vinculado a la idea de opción vital que subyace a la idea de carrera. La carrera profesional comportaba, quizá en el contexto de una sociedad menos dinámica que la actual, una dedicación por vida al servicio público, en la que las situaciones administrativas cumplían la finalidad de preservar la relación entre el empleado y la Administración más allá de eventuales circunstancias que pudieran obstaculizarla. De semejante planteamiento se desprende la inadecuación de las situaciones a los funcionarios interinos. No obstante, en la situación actual no puede sostenerse una aplicación literalista que excluya a estos empleados públicos del disfrute de los beneficios que suponen muchas de las situaciones que contempla la Ley.

En efecto, la aplicación de lo previsto en el artículo 10.5 EBEP —a los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera— obliga a adoptar una óptica de acercamiento a la realidad de la relación profesional que se desarrolla, en la que puede tener encaje adecuado algunas de las situaciones legales. La simple consideración de los supuestos en que según el apartado 1 de este artículo se puede proceder al nombramiento de interinos y su contraste con el contenido de las diversas situaciones determina un juicio según el cual, si bien las situaciones administrativas no son aplicables en bloque —carece de sentido, p. e. la excedencia voluntaria por interés particular o servicio en otras Administraciones Públicas—, no debe excluirse la aplicación de otras —excedencia por cuidado de familiares, suspensión provisional, etc.— de acuerdo a las circunstancias fácticas que se pudieran presentar.

Analizada las Sentencias del Tribunal Constitucional, la doctrina puede sintetizarse del siguiente modo:

1. No en todo caso son injustificadas desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución las diferencias de trato entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos, aunque estos se encuentren en situación de interinidad de larga duración.

2. La diferencia de trato entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos en situación de interinidad de larga duración puede ser injustificada desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución , pero solo «...en atención a las circunstancias del caso y, muy especialmente, a la trascendencia constitucional del derecho que recibe un tratamiento desigual».

3. Que la protección específica de la maternidad de los periodos pre y posnatales es un derecho con trascendencia constitucional —artículos 9.2. y 39.1— y, siendo las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan la excedencia para el cuidado de hijos, la diferencia de trato entre funcionarias de carrera y funcionarias interinas produce una discriminación por razón de sexo que no es admisible desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución.

CUARTO.-

Ahora bien, la aplicación de esta normativa no debe hacernos olvidar la naturaleza de la relación laboral del funcionario interino y los derechos que conlleva, de manera que para que éste, tras la excedencia, retorne a su puesto, será necesario:

- Que el puesto no se haya provisto con un funcionario de carrera.
- Que siga existiendo el supuesto de hecho que justificó el nombramiento como funcionaria interina.

CONCLUSIÓN

En base a todo lo anteriormente expuesto, y respondiendo a la consulta formulada, podemos concluir diciendo que según la postura Jurisprudencial la funcionaria interina si podrá solicitar la excedencia (y de hecho así lo hizo) por servicios especiales, siempre que se den las circunstancias que puedan dar lugar a las misma. Ahora bien, para que tras la excedencia pudiera retornar a su puesto debería darse los condicionamientos anteriormente señalados en el expositivo cuarto, es decir, que el puesto no se haya provisto con un funcionario de carrera y que siga existiendo el

supuesto de hecho que justificó el nombramiento como funcionaria interina. De la documentación aportada por el Ayuntamiento se desprende que estos condicionamientos no se cumplen por cuanto D. XXX toma posesión con nombramiento definitivo, en virtud de Resolución de 27 de febrero de 2009, de la Dirección General de Cooperación Local, por la que se resuelve el concurso unitario de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. (BOE num.71, de 24 de marzo de 2009), por lo que la anterior Secretaria-Interventora interina no tendrá derecho a retornar al puesto de trabajo.

Badajoz, mayo de 2011

Competencia en redacción de proyecto por Ingeniero Técnico Industrial

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha XX y entrada en esta Institución Provincial el día XXX, el Sr. Alcalde- Presidente del Ayuntamiento XXX interesa informe sobre el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente:

" Ha tenido entrada en este Ayuntamiento, solicitud de licencia de apertura y licencia de obras, para la actividad de Cafetería con ampliación a restaurante, sala de fiestas, sala de reuniones, a instalar en el Polígono Industrial, estando redactado el correspondiente proyecto por un Ingeniero Técnico Industrial. La consulta es la siguiente: Debemos admitir que sea el redactor del proyecto un Ingeniero Técnico Industrial ?"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I.- Legislación

Desde el punto de vista del Derecho positivo, la principal legislación en la temática a la que se alude en la consulta viene representada por las siguientes normas:

1º.- Por un lado, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE). Dentro de esta norma destacan la descripción de las funciones atribuidas a los deferentes agentes de la edificación. En ese sentido y, por lo que se refiere a profesionales del mundo de la arquitectura y de la ingeniería (tanto superior como técnica), sobresalen los siguientes preceptos:

a) El artículo. 10 LOE.(que estudia la figura del proyectista, en cuanto redactor del proyecto a ejecutar).

b) El artículo. 12 LOE (que se ocupa del director de la obra, en cuanto agente que dirige su desarrollo en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales).

c) El artículo. 13 LOE (que regula la figura del director de la ejecución de la obra, en cuanto agente que asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra).

2º.- Por otro lado, la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de las Atribuciones Profesionales de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos (en concordancia con el Decreto 148/1969, Decreto 148/1969, de 13 de febrero, por el que se regulan las denominaciones de los graduados en Escuelas Técnicas y las especialidades a cursar

en las Escuelas de Arquitectura e Ingeniería Técnica de 13 de febrero, por el que se regulan las denominaciones de los graduados en Escuelas Técnicas y las especialidades a cursar en las Escuelas de Arquitectos e Ingeniería Técnica, en todo lo que siga vigente).

II. Jurisprudencia

A nivel jurisprudencial merece destacarse la siguiente jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo, por lo que se refiera a los diferentes tipos de proyectos que pueden redactarse y ejecutarse, y en ella sobresale la Sentencia de 23 de abril de 2001, (Sala 3ª) en donde declara:

"La competencia de los Arquitectos para dirigir las obras de construcción de edificios destinados a vivienda humana es materia indiscutible, como señala la sentencia de 12 de junio de 1990, con cita de las de 11 de noviembre de 1981, 27 de octubre de 1986, 21 de octubre de 1987 y 21 de abril de 1989, estándoles tradicionalmente reconocida desde las Reales Órdenes 16 de febrero de 1.844, 25 de noviembre de 1846 y las demás que se mencionan en la sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 1.992 , al reproducir y aceptar los fundamentos de la sentencia apelada (concretamente fundamento de derecho cuarto de la sentencia apelada), pudiendo tomarse en consideración asimismo, como expresa el Colegio Oficial de Arquitectos de Cantabria, la Orden del entonces Ministerio de la Vivienda de 9 de junio de 1971 sobre intervención de los Colegios de Arquitectos en todas las obras de edificación de promoción privada. No constituye en cambio norma de referencia el Decreto 2512/1.977, de 17 de junio, que aprobó las Tarifas de honorarios de los Arquitectos, pero dentro de los límites de sus competencias legales, como advierte su artículo 1.

Pues bien, como acertadamente expone la sentencia de instancia, la jurisprudencia ha distinguido dos supuestos. El primero de ellos tiene lugar cuanto se trata de un proyecto aislado, simple o unitario de viviendas, en el que no cabe cuestionar la competencia de los Arquitectos. Pero, como se expresa en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1990, cuando se trata de un proyecto complejo o plural, en el que inciden los conocimientos de varias ramas, habrá que distinguir entre si consiste en un proyecto con una esencialidad básica o principal, al que han de acompañar otros secundarios limitados a facetas concretas, integradas en el conjunto de aquél para completarlo, en cuyo supuesto, por aplicación de principios de accesoriedad, conexión o dependencia, se estima que la competencia del profesional autorizado para visar lo principal puede extenderla también a lo accesorio, siempre que no se acredite una falta de preparación técnica por razón de los estudios cursados en la rama de estos proyectos complementarios o aspectos concretos del proyecto principal y básico; y los proyectos que exijan una competencia compartida o separada, encargándose cada técnico, en un solo proyecto o en varios, de lo propio de su especialidad concreta. Esta doctrina, que la sentencia de 12 de junio de 1990 recoge de la de 25 de enero de 1988, se reitera en la de 4 de marzo de 1992 ".

En relación a las construcciones destinadas al uso público, la competencia para la redacción del correspondiente proyecto es analizada por la Sentencia de 22 de mayo de 2001 (Sala 3ª) , y en ella se desestima el recurso de casación interpuesto contra la

sentencia del TSJ Cantabria y se confirma la anulación del acuerdo municipal por el que se concedió licencia de obras para la construcción de un campamento de naturaleza firmado por ingeniero agrónomo. Las construcciones destinadas al uso público, al asimilarse a las viviendas, han de ser proyectadas por arquitectos superiores, como atinentes a su natural competencia en edificaciones, exigencia que se acentúa en el caso de viviendas o construcciones de uso público de carácter permanente al indicar:

“Tal como tiene declarado esta Sala en prácticamente unánime continuidad temporal, las construcciones destinadas al uso público, al asimilarse a las viviendas, han de ser proyectadas por Arquitectos Superiores, como atinentes a su natural competencia en edificaciones, exigencia que se acentúa en el caso de viviendas o construcciones de uso público, de carácter permanente, valor esencial por el que ha de velar la Administración, lo que explica y determina que cualquier duda que pueda plantearse sobre la naturaleza y estructura del edificio, ha de resolverse en el sentido de estimar la competencia de los titulados específicamente determinados para la construcción de viviendas o edificios destinados al uso público como son los Arquitectos Superiores (Sentencia de 10 de abril de 1990 , de 4 de junio de 1991 y 7 de mayo de 1992, entre muchos otros), por lo que procede desestimar el motivo y el recurso”

Las diferentes funciones atribuidas a Arquitectos e Ingenieros técnicos en relación con los de formación Superior (al amparo de la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de las Atribuciones Profesionales de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos, a la que antes se hizo referencia), se recoge, principalmente en diversas Sentencias del Tribunal Supremo del año 2000:

“Y, en la sentencia de esta Sala de 28 de febrero de 2000, acogiendo la doctrina expuesta en la precedente de 20 de enero de 2000, se realiza una interpretación del artículo. 2 Ley 12/1986, con el significado de que "las atribuciones de los Arquitectos Técnicos e Ingenieros Técnicos serán plenas en el ámbito de su especialidad respectiva, sin otra limitación cualitativa que la que se derive de la formación y de los conocimientos de la técnica propia de su titulación", y, entre otras consideraciones jurídicas, se aporta un criterio que se califica de "decisivo" para resolver los conflictos de delimitación de competencias que pueden suscitarse entre las distintas ramas técnicas y los titulados superiores y de grado medio, "que consiste en atender si los actos recurridos están comprendidos, por su naturaleza y características, en la técnica propia de su titulación", debiendo examinarse el contenido concreto del proyecto o del Informe controvertido para apreciar si su redacción se corresponde con la formación técnica de Ingeniero Técnico o Arquitecto Técnico actuante”.

Profundiza más en las diferentes funciones atribuidas a los agentes de la construcción la Sentencia de 26 de septiembre de 1997, cuando señala:

“TERCERO.- En orden a la segunda cuestión, debe tenerse en cuenta que, en la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre atribuciones profesionales de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos, la profesión de arquitecto técnico es objeto de un tratamiento singular (artículo. 2.2 Ley 2/1986), al margen del general correspondiente a los ingenieros técnicos (artículo. 2.1 Ley 2/1986). En ella se delimita el ámbito de sus

facultades, en lo que se refiere a la elaboración de proyectos, señalando, en primer lugar, que han de tener relación con su especialidad, que no es otra distinta que el ejecución de obras, y concretamente de las de arquitectura, concebida, según reiterada jurisprudencia, como el artículo de proyectar y construir edificios y de sus instalaciones complementarias, incardinada, por consiguiente, en el propio sector de la edificación. Dentro de ella, en segundo lugar, de manera positiva se extiende a las intervenciones parciales en edificios construidos que no alteren su configuración arquitectónica, a los de demolición y a los de organización, seguridad, control y economía de obras de edificación de cualquier naturaleza. Y, finalmente, en sentido negativo se excluyen los de obras y construcciones que, con arreglo a la legislación del sector de la legislación precisen proyecto arquitectónico. Asimismo, ha subrayado la jurisprudencia de esta Sala que las soluciones a que responden sus decisiones es la de garantizar la seguridad, lo que justifica que las dudas se resuelvan en cada caso particular en pro de la solución que ofrezca mayor seguridad (Sentencias del TS 18 de marzo, 24 de abril y 2 de junio de 1992, 25 de octubre de 1993, 11 de julio y 26 de diciembre de 1995, entre otras).

Por consiguiente, puede hablarse de la concurrencia de un "principio de generalidad" en las atribuciones profesionales a los arquitectos técnicos (corresponde a los arquitectos técnicos todas las atribuciones profesionales descritas en el apartado primero de este artículo, artículo. 2.2 Ley 2/1986), y de un "principio de especialidad" (en relación a su especialidad de ejecución de obras), a través del cual se trata de diferenciar sus competencias de la de los ingenieros técnicos. Constituye ésta una delimitación "horizontal" (frente a la "vertical" que se da entre arquitectos y arquitectos técnicos o entre ingenieros e ingenieros técnicos), entre técnicos del mismo nivel de titulación que atiende a un criterio cualitativo, consistente en la especialidad técnica con referencia instrumental a las especialidades enumeradas en el Decreto 148/1969, de 13 de febrero, por el que se regulaban las denominaciones de los graduados en Escuelas Técnicas y las especialidades a cursar en las Escuelas de Arquitectos Técnicos e Ingenierías Técnicas (artículo. 1.2 Ley 12/1986).

Limitación lógica que dimana de la misma formación universitaria de los titulados. De donde cabe concluir que será precisamente la formación académica la determinante de que se reconozca o no a tales técnicos una determinada atribución o competencia . Sin perjuicio, claro está, de la existencia de competencias compartidas o concurrentes, en cuyo caso el artículo 4 de la referida Ley se remite a la intervención del titulado de la especialidad que, por la índole de la cuestión, resulte prevalente respecto de las demás. Y si ninguna de las actividades en presencia fuera prevalente respecto de las demás se exigirá la intervención de tantos titulados cuantos fuesen las especialidades correspondiendo entonces la responsabilidad a todos los intervinientes".

Fondo del Asunto

El artículo. 2 de la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de las Atribuciones Profesionales de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos, dispone que corresponden a los Ingenieros técnicos, dentro de su respectiva especialidad, la atribución de redactar y firmar los proyectos que tengan por objeto la construcción, reforma, reparación,

conservación, demolición, fabricación, instalación, montaje o explotación de bienes muebles o inmuebles, en sus respectivos casos, tanto con carácter principal como accesorio, siempre que queden comprendidos por su naturaleza y características en la técnica propia de cada titulación. Esta facultad de elaborar proyectos se refiere a los de toda clase de obras y construcciones que, con arreglo a la expresada legislación, no precisen de proyecto arquitectónico, a los de intervenciones parciales en edificios construidos que no alteren su configuración arquitectónica, a los de demolición y a los de organización seguridad, control y economía de obras de edificación de cualquier naturaleza. Es decir, y para un primer acercamiento a la cuestión, los ingenieros técnicos, dentro de su respectiva especialidad, pueden redactar proyectos de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación de edificaciones, pero siempre y cuando no alteren su configuración arquitectónica, es decir, que no afecten de forma sustancial a su aspecto exterior, al conjunto de su estructura, ni a su volumetría, ni modifiquen los usos del mismo. En suma, que no requieran un proyecto arquitectónico.

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, LOE, en contra de lo que se suponía en un principio, no supuso un cambio en el tratamiento de la materia. Su artículo10 atribuye las distintas competencias en función del uso y destino de la edificación que se pretende construir. Así, cuando el proyecto a realizar tenga por objeto la construcción de edificios para los usos indicados en el grupo a) del apartado 1 del artículo.2 LOE, esto es, administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural, la titulación académica y profesional habilitante será la de arquitecto.

Cuando el proyecto a realizar tenga por objeto la construcción de edificios para los usos indicados en el grupo b) del apartado 1 del artículo 2 LOE es decir, aeronáutico, agropecuario, de la energía de la hidráulica, minero, de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones) del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo forestal industrial naval de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación, la titulación académica y profesional habilitante, con carácter general, será la de ingeniero , ingeniero técnico o arquitecto y vendrá determinada por las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus respectivas especialidades y competencias específicas.

Y cuando el proyecto a realizar tenga por objeto la construcción de edificios comprendidos en el grupo c) del apartado 1 del artículo.2.1 LOE, que recoge todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores, la titulación académica y profesional habilitante será la de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico y vendrá determinada por las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus especialidades y competencias específicas.

Idénticos criterios se seguirán cuando los proyectos se refieran no sólo a las construcciones de nueva planta, sino a las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación de las edificaciones (artículo. 2.2.b) LOE).

De acuerdo con lo anterior y con la jurisprudencia reseñada, es rotundo el rechazo respecto del monopolio competencial a favor de una específica profesión técnica, reconociendo la posible competencia a todo título facultativo legalmente reconocido como tal, siempre que integre un nivel de conocimientos técnicos correspondiente a la naturaleza y envergadura de los proyectos realizados sobre la materia atinente a su especialidad, dependiendo la competencia de cada rama de Ingeniería , de la capacidad técnica real conforme a los estudios emanados de su titulación para el desempeño de las funciones propias de la misma. En este sentido, la atribución de las competencias a una rama u otra de la Ingeniería está en función de las características del proyecto en relación con la técnica de cada titulación, y ello, por si mismo es un criterio no predeterminado de modo claro y taxativo en la normativa legal aplicable, debiendo siempre deducirse de cada caso concreto si la naturaleza y características del proyecto se ajusta de modo lógico y prudente a la extensión del nivel de conocimientos propios de cada titulación, también conectado a la existencia de garantizar la seguridad de los usuarios de las instalaciones o construcciones proyectadas.

En conclusión, las atribuciones profesionales de los distintos ingenieros técnicos se circunscriben y delimitan entre sí por el principio de especialidad de cada uno, y de conformidad con todo lo dicho, no existe una regla general para resolver las cuestiones de atribución de competencia entre distintos facultativos, sino que, por contra, habrá de estudiarse cada caso en concreto, analizando el contenido de cada proyecto , a fin de verificar su correspondencia, según su clase y categoría, naturaleza y envergadura, con la titulación del proyectista.

En CONCLUSION, y para el supuesto sometido a informe, consideramos, que al tratarse de una obra constructiva destinada a albergar ".... actividad de Cafetería con ampliación a restaurante, sala de fiestas, sala de reuniones....", con independencia de su ubicación (Polígono Industrial), en tanto que dicha actividad está encaminada, a un uso constante por parte del público y de permanencia diaria más o menos dilatada por aquel, según la finalidad del acceso y uso a dicha construcción, nos lleva a la conclusión de que debe requerirse para ello la formalización de un proyecto arquitectónico (vid. STS 26/09/1997), y por tanto el ingeniero técnico se encontraría inhabilitado para su redacción .

De igual modo, al estar comprendido el uso pretendido, por asimilación (vid. STS 22/05/2001) en los del grupo a) artículo.2.1 LOE. y desde este punto de vista, de ser destinada la construcción al uso público, la redacción del proyecto entendemos, exige la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto superior y en su consecuencia, en el presente caso, la redacción del proyecto en cuestión, no se podría encontrar dentro de la materia objeto de la especialidad de los Ingenieros Técnicos Industriales y, por consiguiente, estos técnicos no tendrían competencia para su redacción .

Badajoz, abril de 2011

Gestión de Centro de día

ANTECEDENTES DE HECHO

Escrito de fecha XX.2011, del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XX, por el que solicita informe, en relación con el asunto epigrafiado en el encabezamiento, manifestado lo siguiente:

"Por la presente pongo en su conocimiento que, desde primeros XXX de 2010, el Centro de día de esta localidad está siendo gestionado por al empresa XXX. Como quiera que esta empresa decidió realizar la gestión mediante la creación de una sociedad Laboral Limitada en esta localidad, de la que forman parte como socias las trabajadoras del centro, y ante las informaciones recibidas relacionadas con el origen de los alimentos que utiliza la misma para el funcionamiento de este centro, las trabajadoras han decidido proponer a la empresa la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que la empresa siga prestando el servicio, mientras nos e demuestre su imposibilidad legal o material de poder hacerlo.

Por este motivo le ruego encarecidamente tenga a bien informarnos sobre el procedimiento a seguir por las socias para la disolución de la sociedad, tan pronto como sea posible. Le adjunto copia de la Escritura de Constitución y de los Estatutos de la Sociedad."

FONDO DEL ASUNTO:

El artículo 206 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (LCSP) entre las causas de resolución, la extinción de la personalidad jurídica de la Sociedad de la contratista y creación de otra persona Jurídica con forma asociativa distinta.

Pues bien, los procesos de transformación o cambio interno en la personalidad del adjudicatario de un contrato público, y en tanto las cualidades personales de aquel no hubieran sido determinantes de la adjudicación, no afectan ab initio al cumplimiento del contrato, toda vez que la propia LCSP, en su artículo. 202.4 (Disposición Transitoria Séptima LES), prevé dicha circunstancia, y la continuación del contrato con la persona jurídica que surja de dicha transformación o cambio, así:

"En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del

mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad resultante o beneficiaria, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación."

Por tanto y en primer lugar señalar que la extinción de la primera empresa no es automática si no que se produce cuando se dan las circunstancias Legales para ello.

Es decir, una vez que la Sociedad de Responsabilidad Limitada Laboral , decida proceder a su extinción, pues se nos dice que "...las trabajadoras han decidido proponer a la empresa la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que la empresa siga prestando el servicio..." , debemos atender a dos momentos, el de la disolución y el de liquidación, ello de conformidad con el Capitulo X de la LSRL, a tenor de lo establecido en el artículo. 26, Titulo V de sus Estatutos, es decir que una vez se decide la disolución de la S.L.L. (XXX) empieza el período de liquidación, y durante este período la sociedad, aunque disuelta deberá realizar las operaciones pertinentes, entre ellas la de cobrar los créditos que tuviera pendiente la Sociedad, pagar deudas,....

De forma que, la extinción de la personalidad jurídica no se produce hasta que se ha aprobado el balance de liquidación y se otorga escritura pública de extinción de la Sociedad.

Por ello entendemos que mientras las empresa adjudicataria, en este caso la Sociedad Laboral Limitada XXX, no se disuelva en escritura pública no pierde la personalidad Jurídica, y por tanto, seguirá y podrá seguir prestando el servicio cuya gestión le fue concesionado por el Ayuntamiento de XX.

Ahora bien, y siempre que no concurra causa de resolución del contrato de gestión con XX, pues en dicho caso habría que proceder a ello por imperativo legal (artículo. 206.1 LCSP), podría darse la circunstancia que antes de la disolución de XX, se hubiera producido la constitución de la otra empresa (otra SLL, Cooperativa, etc...) en cuyo caso se podría realizar la cesión del contrato previsto en el artículo 209 de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyo tenor literal es el siguiente.

«Artículo 209. Cesión de los Contratos:

1. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato.

2. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos:

a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión.

b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por ciento del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato.

c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito

ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.

d) Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente».

Si se dan las anteriores circunstancias es decir siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido determinantes para la adjudicación del contrato se podrá ceder el contrato, siempre que la primera empresa no haya extinguido su personalidad Jurídica y se cumplan cada uno de los requisitos exigido para la cesión de los contratos.

Para proceder a la cesión deberán cumplirse y realizar los trámites previstos en el artículo 209.2 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector público.

Por contra y caso de que la empresa adjudicataria haya extinguido su personalidad jurídica antes de realizar la cesión, a favor de nueva empresa, el Ayuntamiento deberá a proceder a la resolución del contrato por incurrir una de las causas de resolución. (artículo. 206 LCSP)

En definitiva y como se interesa en el escrito de petición de este informe para que se produzca la disolución y liquidación de la actual Sociedad Limitada Laboral, Red de Servicios Sociales de Extremadura, en la XX

que es concesionaria del Ayuntamiento, deberán las trabajadoras de la misma en su condición de socias laborales, proceder de acuerdo con lo dispuesto en el capitulo X de Ley 2/1995, de 23 de marzo, Sociedades de Responsabilidad Limitada, para lo cual dispone el artículo 105 LSRL, en relación con el acuerdo de disolución:

"1.En los casos previstos en los párrafos c a g del apartado 1 del artículo anterior la disolución, o la solicitud de concurso, requerirá acuerdo de la Junta General adoptado por la mayoría a que se refiere el apartado 1 del artículo 53 (Los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social. No se computarán los votos en blanco.). Los administradores deberán convocar la Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o inste el concurso. Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna de dichas causas de disolución, o concurriera la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley Concursal.

2. La Junta General podrá adoptar el acuerdo de disolución o aquél o aquéllos que sean necesarios para la remoción de la causa.

3. Si la Junta no fuera convocada, no se celebrara, o no adoptara alguno de los acuerdos previstos en el apartado anterior, cualquier interesado podrá instar la disolución de la sociedad ante el Juez de Primera Instancia del domicilio social. La solicitud de disolución judicial deberá dirigirse contra la sociedad.

4. Los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado. La solicitud habrá de formularse en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado.

5. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso.

En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior."

El resto de trámites subsiguientes para la efectividad de la disolución y liquidación de la sociedad en cuestión, se contienen como dijimos en el Capitulo X de LSRL, artículos. 106 y ss, a los que nos remitimos.

ADVERTENCIA: En relación con aquellas otras cuestiones que se han suscitado en distintos municipios de la Comunidad Autónoma y en particular de esta Provincia para con la gestión de los Centros de Día y Pisos Tutelados, etc.. fueron tratadas por la Comisión de Sanidad y Dependencia de la Felpes, el pasado día 22 de marzo, y a requerimiento de la misma, por la Oficialía Mayor a través del SAEL-OM, se esta elaborando el correspondiente Informe, del cual una vez emitido se dará traslado por la Fempex a ese Ayuntamiento.

2011

Realización de auditoría de las cuentas de dicha Corporación en el periodo 2007-2010

ANTECEDENTES DE HECHO

El Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XXX, mediante escrito de fecha 04.05.2011 y de entrada en esta Institución Provincial el 04.05.2011, manifiesta lo siguiente:

."En cumplimiento a la propuesta del grupo socialista de esta corporación, en la sesión celebrada por el Ayuntamiento Pleno del 02/12/2010, y reiterada en las sesiones de enero y marzo de 2011, y admitida la misma por unanimidad, SOLICITO: Que previo a los tramites que proceda, se lleve a cabo por los servicios jurídico-económico de esa Excelentísima Diputación Provincial: • Auditoria de las cuentas de este Ayuntamiento de la legislatura 2007-2010"

FONDO DEL ASUNTO

Por una parte, el artículo 22 de la Ley 7/1985, de 2 de abril , atribuye al Pleno "el control y fiscalización de los Órganos de Gobierno" que, en materia económica, se manifiesta en el informe y aprobación de la Cuenta General.

Por otra parte, el control y la fiscalización interna está atribuida al "Órgano Interventor", único que, conforme al artículo 12 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, puede ejercerla, salvo casos de delegación.

Y, finalmente, la fiscalización externa de las cuentas y de la gestión económica de los Entes Locales "es función propia del Tribunal de Cuentas", conforme a los artículos 201 y siguientes del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo y 115 de la citada Ley 7/1985 (LRBRL).

Pues bien, el primer problema a dilucidar es ante qué tipo de fiscalización nos encontraríamos en el supuesto analizado. Si quien la pide, la realización de una auditoria, mediante acuerdo expreso es el propio pleno municipal, no puede considerarse fiscalización externa, por cuanto ésta solo lo es si quien audita es el Tribunal de Cuentas. Tampoco es fiscalización interna, ya que su competencia está

atribuida al Órgano Interventor, quien, indudablemente, puede realizarla por sí o con ayudas exteriores, conforme a los artículos 213 y ss TRLRHL.
Únicamente, pues, nos queda la que, pudiéramos llamar, fiscalización política, del artículo 22 LRBRL, que es la que entendemos que se está planteando. Y ante ella quien únicamente puede opinar es la propia voluntad política, mediante el correspondiente acuerdo, siempre y cuando el expediente de contratación de la firma auditora se realice conforme a los procedimientos legalmente establecidos, y exista consignación suficiente para ello.
Dicha actuación, no podría realizarla esta Diputación Provincial, por cuanto dicha fiscalización y control de las cuentas municipales, no encaja en las funciones que a esta Institución Provincial atribuye como competencia propia, y respecto de los municipios el artículo. 36 LRBRL, a cuyo tenor:
"1. Son competencias propias de la Diputación las que les atribuyan, en este concepto, las leyes del Estado y de las comunidades autónomas en los diferentes sectores de la acción pública, y en todo caso:
(….)
b. La asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión."
CONCLUSIONES:

1º. Desde este Servicio de Asesoramiento y Asistencia Jurídica, Económica y Contable – Oficialía Mayor, se llevan a cabo las funciones que corresponden a esta Diputación en aplicación de lo dispuesto en el artículo 36.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, entre las que no se incluye a realización de autoría de las cuentas de los municipios.

2º. El artículo 202 y siguientes del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, regulan el régimen que deben seguir las cuentas públicas de las entidades locales, que culmina con la aprobación de la Cuenta General y su rendición al Tribunal de Cuentas que es el órgano al que el artículo 136.1 de la Constitución Española encomienda la función de fiscalización externa de las cuentas públicas.

3ª. Nada impide al Ayuntamiento que mediante el correspondiente acuerdo o resolución del órgano competente, se siga expediente de contratación de firma auditora que realice la auditoria de cuentas a que se refiere el presente (periodo 2007-2010) conforme a los procedimientos legalmente establecidos en la Ley 30/2007, y exista consignación suficiente para ello.

2011

Nombramiento de representantes por las entidades mancomunadas y elección de Presidente

ANTECEDENTES DE HECHO

Escrito de fecha XXX, de la Sr. Presidente en Funciones de la Mancomunidad de XXX, por el que solicita informe, en relación con el asunto epigrafiado en el encabezamiento, de acuerdo con la documentación que acompaña y que serán, objeto de tratamiento por su orden, las cuestiones que se interesan, al tratar el fondo del asunto.-

FONDO DEL ASUNTO

"Primera Parte. Designación de Representantes y Acciones Pertinentes

la elección de los representantes de los municipios en la asamblea de la Mancomunidad según el artículo. 5,3 y artículo 6.1, 6.2 y 6.6 de los Estatutos de la Mancomunidad, la atribución de los puestos de representantes de cada Municipio se realizará siguiendo el procedimiento previsto en la legislación electoral respecto de los Concejales de los Ayuntamientos. 2ª Los respectivos grupos realizarán la correspondiente propuesta de nombramiento de los/as representantes atribuidos. 3ª. Los/as representantes serán nombrados por el Pleno de la Corporación.

En el caso de que un municipio en sesión plenaria correspondiente no nombrara, o nombrara otras/os, al que corresponde según los Estatutos, ¿podría interponerse recursos contencioso electoral ante el Juez de Zona en defensa de los Estatutos vía ley Electoral? ¿Se podría demorar la Sesión constitutiva de la Mancomunidad hasta resolución de la misma? ¿Se podría interponer recurso contencioso administrativo? ¿Se podría interrumpir la Constitución de la Mancomunidad? ¿Cabría otro recurso? Sobre que actos, quien, con que limites temporales se pueden interponer recursos?.

Se acompaña informe de Secretaría de la Mancomunidad con posicionamiento al respecto."

CONSIDERACIONES JURIDICAS

Atendiendo a las cuestiones suscitadas:

Cuestión primera.- ¿podría interponerse recursos contencioso electoral ante el Juez de Zona en defensa de los Estatutos vía ley Electoral?

Entendemos que NO, pues el artículo. 109 LOREG, viene en delimitar el ámbito estricto de su utilización al señalar:

"Pueden ser objeto de recurso contencioso electoral los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos, así como la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones locales."

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho de acceso a los recursos forma parte del contenido a la tutela judicial efectiva. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en la sentencia STC 374/1993, que señala que es doctrina consolidada y muy reiterada (SSTC 21/1990, 23/1992 Y 72/1992) que el derecho de acceso a los recursos legalmente previstos forma parte integrante del contenido a la tutela judicial efectiva, siempre que se cumplan y respeten los presupuestos, requisitos y límites que la propia Ley establezca, correspondiente a los órganos judiciales decidir en cada caso sobre el cumplimiento o no de esas exigencias. El sistema de recursos es de configuración legal y pertenece al ámbito de libertad del legislador (SSTC 93/1993, 230/1993, Y 37/1995). Es el Legislador quien tiene libertad para configurara tal derecho, salvo en lo relativo al derecho del declarado culpable de un delito a que el fallo y la pena sean sometidos a un Tribunal Superior, derecho a los recursos reconocidos en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de Nueva York de 1966, y que el Tribunal Constitucional ha considerado integrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española (SSTC 42/1982, 33/1990 y 255/1993).

El sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que el de cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real al eventualidad de que no existan, salvo en lo penal. No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. (F.D. 2º. S TSJ Extremadura. 15/02/2011)

Cuestión segunda.-¿Se podría demorar la Sesión constitutiva de la Mancomunidad hasta resolución de la misma?....¿Se podría interrumpir la Constitución de la Mancomunidad?

Entendemos que NO. Pues cabe señalar que la constitución estricta de la mancomunidad de municipios se produce una sola vez, en su creación, solo que obviamente se renueva cada cuatro años, ya que la representación de los municipios que la integran cambia tras la configuración de las nuevas Corporaciones tras las elecciones locales. Cabe hablar pues de «constitución del órgano de gobierno de la mancomunidad», más que de constitución de la misma.

Por tanto, el asunto debatido, entiende quien suscribe, se erige claramente en una cuestión relativa a la organización y funcionamiento de la Entidad supralocal., pues como dispone el artículo 44.2 de la LBRL, las mancomunidades tienen personalidad y capacidad jurídicas para el cumplimiento de sus fines específicos y se rigen por sus Estatutos propios. Son por tanto los Estatutos los que deben encargarse de regular,

entre otras, cuestiones como la que se plantea, es decir la fecha de la sesión de "constitución/renovación" y así dispone el apartado 7, del artículo. 6, que lo será "...dentro de los treinta días siguientes a la conclusión del plazo para la designación de representantes por los municipios mancomunados...". Por lo demás y en lo no previsto en los mismos, seguiremos el régimen de sesiones que esté establecido con anterioridad por la Asamblea y en su defecto, su integración con las normas establecidas para el Pleno del Ayuntamiento por la legislación de régimen local (artículo. 6.9 EM)

Cuestión tercera.- ¿Se podría interponer recurso contencioso administrativo?.... ¿Cabría otro recurso? …..Sobre que actos, quien, con que limites temporales se pueden interponer recursos?.

Entendemos que, SI. Pero no en el seno de la Mancomunidad, sino en el del Ayuntamiento respectivo y por los concejales que hubieran votado en contra del acuerdo (artículo. 63 LRBRL) de nombramiento de representante/s en aquella, puesto que las correspondientes acciones ante la jurisdicción contenciosa administrativa para impugnar meritado acuerdo, entendemos no pueden residenciarse en sede electoral (artículo. 109 LOREG), pues no se trata de actuación alguna de la Junta Electoral de Zona, sino de acuerdos municipales, de designación de representantes en la Mancomunidad (artículo. 38 ROF) in situ en el ámbito de sus competencias y en su consecuencia, el acto en cuestión es un acto de la Administración local, y necesariamente ha de fundamentarse su impugnación en normas estatales, Ley 7/1.985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, y L.O. 5/1.985, de Régimen Electoral General, en normas autonómicas como la Ley 17/2010 de 22 de diciembre, de Mancomunidades y Entidades Locales Menores de Extremadura. y en normas locales como los Estatutos de la Mancomunidad.

Consecuencia de lo anterior, y en cuanto los Estatutos de la Mancomunidad, constituyen la norma básica o fundamental de funcionamiento de esta, es precisamente a lo que dispongan estos a lo que ha de estarse. Por tanto, los respectivos Ayuntamientos a la hora de designar su/s representante/s en la Mancomunidad, han de atenerse a lo dispuesto en los Estatutos de esta, pues es dicha norma la que regula la forma de su designación (artículo.6.6 EM). Para el supuesto, que el Pleno del Ayuntamiento respectivo, en la designación no se atenga a dicho procedimiento, serán los concejales de dicho órgano que no estuvieran de acuerdo con dicha designación y votando en contra de la misma, los que estarán legitimados en su caso, para impugnarlos, pues dice el artículo. 63 LRBRL:

1. Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico:

La Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas, en los casos y términos previstos en este capítulo.

Los miembros de las Corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos."

"Segunda Parte. Asamblea de la Mancomunidad, número de representantes.
Se trata de dilucidar según lo recogido en los Estatutos de la Mancomunidad artículo. 6.1, 6.2 y 6.3, y lo recogido en los artículos 10, 11 y 27 de la Ley 7/2010, de 22 de diciembre, de Mancomunidades y Entidades Locales Menores de Extremadura, de cual sería el número de representantes de los municipios y de esta Corporación, y de si se ve o no afectado por lo tanto lo recogido en los Estatutos. En el caso de que fueran uno por municipio ¿quién sería el representante, el de la lista mas votada, el que decida el pleno,...? También se acompaña informe de Secretaría de la mancomunidad con posicionamiento al respecto."
CONSIDERACIONES JURIDICAS
Sobre este particular, ninguna observación o comentario a los efectos a que se contrae el presente, se formuló por el Consejo Consultivo de Extremadura, en su Dictamen nº 345/2010, de 1 de julio, al expediente relativo al Anteproyecto de Ley de Mancomunidades y Entidades Locales Menores de Extremadura, por lo que en definitiva carecemos de este antecedente doctrinal para hermenéutica de los preceptos examinados.
Por consiguiente y como ya se señaló más arriba, la designación de representates de las entidades mancomunadas ha de atenerse a lo dispuesto en sus Estatutos, para el caso, el apartado 6º de su artículo. 6. Nada distinto a ello determina la regulación contenida en la ley 17/2010, pues el párrafo primero del apartado e) del artículo.11, de la misma, dispone: Los Estatutos de las mancomunidades deberán contener necesariamente al menos las siguientes determinaciones: (….) e) Normas relativas a los órganos de gobierno y administración, su composición y atribuciones, así como la forma de designación y cese de sus miembros, sin perjuicio de las previsiones que al respecto se deriven de la normativa de régimen local que resulte de aplicación. (sic)"
Cuestión distinta, es la que resulta del párrafo segundo del apartado e), del mencionado artículo. 11, a cuyo tenor: " Para la elección de los órganos personales de gobierno y representación de la mancomunidad, el procedimiento estatutario que regule el sistema de elección de los mismos, cuando proceda, determinará la atribución de un voto por cada municipio o entidad local menor participante."
Pues bien, para este supuesto, la propia norma legal, se remite al contenido estatutario (….el procedimiento estatutario que regule el sistema de elección de los mismos,...), y en consecuencia, será a través de la regulación estatutaria que se dé al mencionado procedimiento, la que determinará, en su caso (….cuando proceda...) como, se ha de proceder a la atribución y como se ha de ejercitar el "voto único", "...por cada municipio o entidad local menor participante ..." para la elección de órganos "unipersonales" y cuando esta ha de proceder.
Entretanto, es decir, mientras no se lleve a cabo la adaptación de estatutos, con el cumplimiento para ello, de lo previsto legal y estatutariamente para su modificación, y con el fin de hacer efectiva en ellos dicha previsión legal, entendemos que deberá atenerse la designación de sus órganos de gobierno – el uni-personal, en este caso, el Presidente y/o Vicepresidente/s lo son- y de su elección a lo establecido en los mismos Estatutos, pues una modificación de estos tiene que ser, en primer lugar

expresa, es decir, que se manifieste la voluntad modificativa de forma indubitada de acordarla y en segundo lugar, tiene que originar una nueva redacción del precepto sustituido, pero no por vía de interpretación de una norma intentando cubrir sus lagunas, en cuyo caso, se estaría aplicando directamente una norma legal, sin el desarrollo y contenido reglamentario (estatutario) que la misma exige, y cuya aplicación pudiera producir efectos contrarios a los que la norma que los persigue pretendió conseguir, amén de que en el periodo actual, de transición de una Corporación a otra, solo pueden adoptarse por la Asamblea de la Mancomunidad asuntos que no requieran mayoría cualificada (artículo. 194.2 LOREG), exigiéndose para dicha modificación adaptativa, tanto por la Ley 17/2010 (artículos.31.3.c) y 66) como por los propios Estatutos (artículo. 25.2).

Por tanto, salvo que la modificación estatutaria de adaptación a la Ley, acuerde en su momento y cuando proceda, limitar el número de representantes de entidades mancomunadas, a un representante por cada una de ellas, cualquier otra previsión que persiga acomodar un número mayor de representantes de las entidades a la exigencia legal de un voto por entidad, para la elección de los órganos unipersonales de la misma, habría de tener muy en cuenta la atribución de este a la representación de la entidad y dentro de esta, a cual de los representantes y/o como se residencia dicho voto único en una pluralidad de representantes (o cotitulares del derecho de sufragio activo), pues no debemos olvidar a este respecto lo dispuesto en el artículo. 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos :

“Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”.

Es trasunto de este precepto en nuestro Ordenamiento constitucional, el apartado 2 del artículo. 23 de la Constitución Española, a cuyo tenor:

1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

- Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes.

Como señala la STS de 8-6-88 a propósito de los representantes municipales en la Mancomunidad y la condición que ostentan, respecto de los órganos colegiados de ésta, la identifican y atribuyen los mismos derechos que tienen los Concejales respecto de los municipales:

Los vocales que designen las Corporaciones de cada municipio para integrar la asamblea intermunicipal, aunque la elección no sea directa, pues se realiza por los miembros de aquellas, ciertamente han de reputarse representantes de los

respectivos municipios y portadores del mandato popular otorgado por los vecinos, acreditando por ello pleno derecho a participar en la gobernación de los asuntos públicos gestionados por la Mancomunidad, entidad local según lo previsto en el artículo. 3 LRBRL, y como éste es el núcleo esencial de contenido que incorpora el precitado artículo. 23 CE, garantizador del derecho de los ciudadanos a participar en aquellos asuntos, bien directamente bien por medio de representantes democráticamente elegidos..."

Así la STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo de fecha 16 diciembre 2004 (Pte: Horcajada Moya, Juan Fernando), nos recuerda su propio criterio y también el del T.S. con la siguiente fundamentación jurídica:

"No cabe acoger la pretensión anulatoria ni los razonamientos en que descansa. El supuesto de autos no trata de la representación del Ayuntamiento en órganos del mismo, como es el caso de las comisiones informativas, sino de la representación en órganos colegiados de entidades con personalidad jurídica independiente que dependen limitadamente del Ayuntamiento, como ocurre con las Mancomunidades. (….)

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1988 declara que «hay que distinguir entre la composición interna de los Ayuntamiento y la designación de sus representantes en otras entidades. En el primer aspecto, la sentencia 32/1985 de 6 de marzo del Tribunal Constitucional ha declarado que tanto el Pleno Municipal como las Comisiones Informativas preparatoria de sus actos, han de constituirse de modo que reflejen la existencia de mayorías y minorías y de no darse una composición proporcional en ellas infringe el artículo. 23.2 de la Constitución en relación al 14 al situar desventajosamente a las minorías. Sin embargo, cuando el Ayuntamiento como entidad debe ser representado, como el caso actual, su voluntad se forma por el procedimiento regulado por la legislación del Régimen Local, donde se toman las decisiones por votación mayoritaria». Y añade «el interés municipal es indivisible, el que ostentan sus representantes, y no pueden estos a su vez fraccionarse en interés de la mayoría y de la minoría. Tal exigencia sería contraria a la unidad de la persona jurídica pública del Ayuntamiento, al modo de adoptarse sus acuerdos... y a la objetividad de la Administración según el artículo 103 de la Constitución»."

"Tercera Parte. Elección de los órganos personales de gobierno y de representación de la Mancomunidad.

- Se trata de dilucidar entre lo recogido en los artículos 10,11 y 27 de la Ley 7/2010, de 22 de diciembre, de Mancomunidades y Entidades Locales Menores de Extremadura y lo recogido en los artículos 5.3 y 6.1, 6.2 y 6.3 de los Estatutos, este apartado podría quedar resuelto según el posicionamiento en la cuestión anterior.
- En función de lo anterior si se estima que la elección debe de realizarse, por un voto por municipio, quien tendría la capacidad de decidir o votar en la elección a la Presidencia de la Mancomunidad, el de la lista más votada, el que designe el pleno, podría haber un reparto porcentual de voto en función del peso de representantes de

cada municipio, como ejemplo, _____ tiene tres representantes, dos del PSOE y uno del PP, el voto del municipio es uno pero se repartiría el mismo al 0,3333 por representantes.

- Por otro lado, ¿podría un partido político que siguiendo el procedimiento seguido en los Estatutos, en virtud de tener la capacidad de ejercer el nombramiento de los representantes nombrar a uno de un partido político que no sea el suyo? ¿Esto alteraría la representatividad política de la comarca que se intenta alcanzar con el sistema de elección de los Estatutos? ¿Podría contradecir a su vez a lo regulado en el artículo. 29 del ROF?

Se acompaña informe de Secretaría así como actas de negociación del contenido de los Estatutos, por si en las mismas se puede hallar razón para tomar un posicionamiento al respecto, Código Civil artículo 3.1."

CONSIDERACIONES JURIDICAS

Nos remitimos a lo argumentado en el apartado anterior, y en cuanto a si, ¿podría un partido político que siguiendo el procedimiento seguido en los Estatutos, en virtud de tener la capacidad de ejercer el nombramiento de los representantes nombrar a uno de un partido político que no sea el suyo? ¿Esto alteraría la representatividad política de la comarca que se intenta alcanzar con el sistema de elección de los Estatutos? ¿Podría contradecir a su vez a lo regulado en el artículo. 29 del ROF?. Entendemos, que nada impide, conforme al artículo. 6.6 EM, que la propuesta de un grupo político en el Ayuntamiento, una vez determinado el número de los representantes atribuidos a dicho grupo, pueda recaer en concejal no integrado en el mismo, pues el nombramiento del representante municipal en la Mancomunidad, se atribuye al Pleno del Ayuntamiento respectivo, y en nada incide para ello la regulación del funcionamiento y composición de los grupos políticos (artículos. 23 y ss ROF), pues conforme a la doctrina del TS, "...constituye materia típica de los reglamentos propios de cada Corporación la regulación de la formación de los grupos políticos y la incorporación a ellos de los Concejales del Pleno (STS 15 septiembre 1995) y por tanto, son los Estatutos de la Mancomunidad, los que para el caso, habrían de determinar dicho régimen, que para el supuesto se contempla en el meritado artículo. 6.6 EM., en los cuales no se hace remisión alguna al de los grupos municipales, a salvo en lo relativo a la formulación de la propuesta de representante para su nombramiento por el Pleno, pero no al grupo de procedencia o integración en el mismo del representante propuesto (ubi lex non distinguet, nec nos distinguire debemus)

"Cuarta Parte. Sesión de Constitución y Toma de Posesión.

Se trata de establecer que quórum es el necesario para formalizar la Sesión Constitutiva de la Mancomunidad y la Elección de presidencia y Vicepresidencias, si lo establecido en los Estatutos de la Mancomunidad, artículo. 6.7, o en la ley de Mancomunidades, artículo. 10 y 27.

La elección de Presidencia y Vicepresidencia, se realizaría en la misma sesión, cual sería el quórum para ser elegido, mayoría absoluta sobre lo recogido en el artículo. 27

de la ley de Mancomunidades, o lo contemplado en el artículo. 5.3 de los Estatutos, mayoría absoluta o simple en segunda votación.

¿Quién ostenta la capacidad de dar o denegar la representación de los municipios en la Mancomunidad, la Mesa de Edad, la Secretaria de la Corporación? ¿Su capacidad es resolutoria?

En el supuesto de que masivamente no se nombren correctamente representantes por los distintos partidos políticos según lo estipulado por la Ley 7/2010 o por los Estatutos de la Corporación y no se pueda alcanzar el quórum de mayoría de los miembros de la Corporación en la elección del Presidencia, ¿se podría mantener la actual?"

CONSIDERACIONES JURIDICAS

Cuestión primera.-Se trata de establecer que quórum es el necesario para formalizar la Sesión Constitutiva de la Mancomunidad y la Elección de presidencia y Vicepresidencias, si lo establecido en los Estatutos de la Mancomunidad, artículo. 6.7, o en la ley de Mancomunidades, artículo. 10 y 27.

La elección de Presidencia y Vicepresidencia, se realizaría en la misma sesión, cual sería el quórum para ser elegido, mayoría absoluta sobre lo recogido en el artículo. 27 de la ley de Mancomunidades, o lo contemplado en el artículo. 5.3 de los Estatutos, mayoría absoluta o simple en segunda votación.

Ninguno de los preceptos reseñados contienen disposición alguna atinente al quórum de referencia, por lo que habrá de estarse a lo dispuesto en la normativa general, pues se produce reenvió por la Ley 17/2010 (artículo. 27 LM) al estatuto de la Mancomunidad. (artículo. 6.7 EM),. Así, el artículo. el artículo. 31 LM, a propósito del quórum de adopción de acuerdos, en el apartado 3º, dispone, que "Se requerirá el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Asamblea en los supuestos determinados por las leyes", y el artículo. 30 EM, en cuanto al funcionamiento de la Asamblea, dispone "Los requisitos de celebración de las sesiones referidos a quórum de asistencia e informes previos sobre adecuación a la legalidad, así como los debates, votaciones y ruegos y preguntas en la Asamblea se regirán por lo previsto en los estatutos y en la legislación de régimen local." y para dicha finalidad el artículo. 195 LOREG, exige la mayoría absoluta, al disponer: "4. Realizada la operación anterior, la Mesa declarará constituida la Corporación si concurren la mayoría absoluta de los concejales electos. En caso contrario, se celebrará sesión dos días después, quedando constituida la Corporación cualquiera que fuere el número de concejales presentes."

Por su interés y por contemplar supuesto similar de ausencia de regulación estatutaria, sobre el particular, entendemos son ilustrativas y trasladables "mutatis mutandi", al que en el presente se contrae, las consideraciones del fundamento de derecho primero, de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de febrero de 2004, que reproducimos:

La Mancomunidad de Municipios es un tipo mas de las Entidades Locales recogidas tanto en la Ley 7/1985 como en La ley autonómica 7/1993. Para las Entidades Locales mas usuales esto es Municipio, Cabildo y Diputación Provincial, el sistema de elección

de sus respectivos Presidentes se encuentra en la Ley Orgánica Electoral General, LO 5/1985, que en sus artículos. 196.c, 201.5 y 207.2, respectivamente, contemplan la posibilidad de ser elegidos por mayoría simple si no se ha obtenido la absoluta en primera votación. Como primera conclusión puede afirmarse que siendo la Mancomunidad una entidad local, la posibilidad de elección de su Presidente por mayoría simple en segunda votación no repugna al sistema legal de elección de los otros Presidentes de las Entidades Locales.

Podría argumentarse que no cabe una interpretación supletoria de LOREG pues los Estatutos de la Mancomunidad de los Municipios de la Costa del Sol, en su artículo. 21, no remiten como derecho supletorio a dicha norma, sino a las disposiciones sobre Entidades Municipales. Sin embargo esta afirmación no cambia la anterior conclusión. En efecto si solo contemplamos la estricta legislación local e identificamos por ella solo a la Ley 7/1985, (...), encontramos normas sobre mayorías exigibles, (...). En efecto en el artículo. 47 de dicho cuerpo legal se dice " los acuerdos de las Corporaciones Locales se adoptaran por mayoría simple de los miembros presentes". Luego como regla general se admite la mayoría simple. Mas adelante el mismo precepto tipifica los casos en los que se exige mayoría absoluta, y ninguno de los supuestos contemplados hace referencia a elección de Presidente de la Mancomunidad. Estamos ante un claro supuesto de vinculación negativa, pues lo que no esta prohibido debe reputarse permitido. Por ello la segunda conclusión que debemos sacar es que no esta prohibida la elección del Presidente de la Mancomunidad por mayoría simple, ya que el artículo. 47 de la Ley 7/1985 adopta como criterio general la mayoría simple.

Uniendo las dos conclusiones anteriores resulta que la elección por mayoría simple en segunda votación del Presidente de la Mancomunidad, ante el silencio estatutario, es acorde con el régimen de elección de Presidentes de Entidades Locales contemplado en la LOREG(...). ".

Cuestión segunda.-¿Quién ostenta la capacidad de dar o denegar la representación de los municipios en la Mancomunidad, la Mesa de Edad, la Secretaria de la Corporación? ¿Su capacidad es resolutoria?

Ni la mesa de edad ni el Secretario de la Mancomunidad, entendemos, tienen facultades resolutorias a los efectos que se interesan.

El Secretario, ha de limitar su actuación a la determinada legalmente, que no es otra que asistir y asesorar a la mesa de edad y dar fe del acto (artículo. 37.2 ROF)

Por su parte, la Mesa (artículo. 37.3 y 4 ROF) declarará constituida la Corporación si resultan acreditados, previo examen de las credenciales, la mitad más uno de los representantes de las entidades mancomunadas. Caso contrario, la Mesa quedará disuelta y cuando proceda se constituirá la misma o una nueva si entre los representantes asistentes los hubiera de mayor o menor edad.

Tanto del artículo 195.2 LOREG como del 37.2 ROF que establecen la composición de la Mesa de Edad, se deduce que han de formar parte de ella el representante de mayor edad y el de menor edad, asistidos del Secretario. La Mesa ejerce una simple función de constatación de la documentación. Asi en nuestra opinión, no es

competente, la Mesa ni la Mancomunidad, en el acto de constituirse/renovarse, para el examen y valoración del título que legitima la incorporación, ni las condiciones de aptitud de los elegidos por las entidades mancomunadas.

Por tanto, la Mesa de edad es la que tiene que declarar constituida la Corporación, pero para ello es preciso que al acto concurran la mayoría absoluta del número legal de representantes electos, es decir más de la mitad (la mitad más uno). En caso de no lograrse la mayoría absoluta ésta no puede constituirse, la Mesa así lo hará constar y habrá de citarse nuevamente a sesión dos días después quedando constituida la Mancomunidad, cualquiera fuera el número de representantes. A nuestro entender la convocatoria es automática. No obstante, si concurrieran un número inferior a la mayoría absoluta, la Corporación quedaría constituida [artículo. 46.2.c) TRRL, 195.4 LOREG y 37.4 ROF].

A este respecto, y para su aplicación al supuesto estudiado, sustituyendo la mención "concejal" por la de "representante", baste recordar que la Junta Electoral Central tiene reiteradamente acordado que no es causa de pérdida de la condición de Concejal la no formalización de la toma de posesión, por cuanto ni la legislación electoral, ni la de régimen local establecen un plazo para la toma de posesión del cargo de Concejal, por lo que quien no hubiera formalizado la misma conserva la condición de Concejal electo (Acuerdos de 21 de octubre de 1988 y de 26 de noviembre de 1990).

Cuestión tercera.-En el supuesto de que masivamente no se nombren correctamente representantes por los distintos partidos políticos según lo estipulado por la Ley 7/2010 o por los Estatutos de la Corporación y no se pueda alcanzar el quórum de mayoría de los miembros de la Corporación en la elección del Presidencia, ¿se podría mantener la actual?

El nombramiento de representantes de las entidades mancomunadas debe hacerse por estas en la sesión "de organización y funcionamiento " (artículo. 38 ROF), y va encaminada dicha designación a la elección de los órganos unipersonales de la Entidad y por tanto, que la designación de representantes por las Entidades mancomunadas, se haga o no "correctamente" ; se acomode o no esta, a la normativa que la regula (a nuestro parecer, los Estatutos vigentes), es cuestión a dilucidar en sede contenciosa-administrativa, en los mismos términos a que aludimos en la respuesta a la cuestión tercera de la primera parte, de este informe, a lo que nos remitimos.

Por último, y de acuerdo con lo señalado en el cuerpo del presente, y en particular, en la Consecuencia 1ª de la parte cuarta, la actual Corporación solo podrá mantener su mandato hasta la toma de posesión de sus sucesores (artículo. 194.2 LOREG: Una vez finalizado su mandato los miembros de las Corporaciones cesantes continuarán sus funciones solamente para la administración ordinaria hasta la toma de posesión de sus sucesores, en ningún caso podrán adoptar acuerdos para los que legalmente se requiera una mayoría cualificada.), y en consecuencia no puede prorrogarse mas allá de ese momento.

Badajoz, junio de 2011

Procedimiento para reclasificar nuevamente el puesto de Secretaria de 2ª a Secretaría clase 3ª y supresión del puesto de Intervención, clase 2ª

ANTECEDENTES DE HECHO

Escrito de fecha XX.06.2011, del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XXX Mancomunidad de Municipios "XXX", por el que solicita informe, en relación con el asunto epigrafiado, de acuerdo con la documentación que acompaña y que serán, objeto de tratamiento por su orden, las cuestiones que se interesan, al tratar el fondo del asunto.-

FONDO DEL ASUNTO

Primera.- La competencia de ejecución en materia de clasificación de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter estatal corresponde a las Comunidades Autónomas, de acuerdo con los límites de población, presupuesto y demás circunstancias generales y objetivas que se establezcan reglamentariamente por la Administración del Estado. La Disposición Adicional Segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, atribuye en este sentido a las Comunidades Autónomas, en relación con el cuerpo de Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter estatal y por lo que respecta a sus respectivos territorios, competencias como la creación, clasificación y supresión de los puestos de trabajo reservados a los mismos, de conformidad con los criterios básicos establecidos por Ley.

Segunda.- El desarrollo reglamentario, de dicha previsión legal, se encuentra en el artículo 2º del Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, donde se señalan los criterios para la creación y clasificación de estos puestos de trabajo. En este sentido, respecto de las Secretarías de clase segunda, señala el precepto referido que «tienen tal carácter las Secretarías de Ayuntamientos cuyo Municipio tenga una población comprendida entre 5001 y 20.000 habitantes, así como los de población inferior a 5001 cuyo presupuesto sea superior a 500.000.000 de pesetas (esto es, 3.005.060,52 euros). Estos puestos están reservados a funcionarios pertenecientes a la subescala de Secretaría, categoría de entrada, sin

perjuicio de lo previsto en la Disposición Transitoria Primera.2.b), del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre». Y respecto a las Secretarías de clase tercera señala que «tienen este carácter las secretarías de Ayuntamiento cuyo Municipio tenga una población inferior a 5.001 habitantes y cuyo presupuesto no exceda de 500.000.000 de pesetas. Estos puestos están reservados a funcionarios pertenecientes a la subescala de Secretaría-Intervención (…)». Por tanto, a los efectos de efectuar una propuesta de clasificación de la Secretaría, y redactar el informe Jurídico correspondiente, se han de tomar en consideración los parámetros que ofrece el artículo 2º del Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. Estos parámetros permitirán identificar y diferenciar las clases 3ª y 2ª, que serían:

a) Población inferior o superior a 5.000 habitantes.

b) Presupuesto inferior o superior a 500.000.000 de pesetas [3.005.060,52 €].

De estos dos parámetros, en caso de conflicto y si no se dan simultáneamente, se ha de dar prevalencia al criterio económico-presupuestario. Asimismo, estos parámetros deben ser completados conjuntamente con lo señalado en el artículo 7 del Real Decreto 1732/1994 para los supuestos en que existieran dudas en cuanto a la clasificación del Ayuntamiento, y así, «en los Municipios con acusados incrementos de población en determinadas temporadas del año o en los que concurra la condición de centro de Comarca, localización de actividades, acción urbanística superior a la normal u otras circunstancias análogas, los puestos reservados podrán ser clasificados por el órgano competente de la Comunidad Autónoma respectiva en clase superior a la que les correspondería, según lo dispuesto en el artículo 2, a instancia de la Corporación interesada».

Así y como más arriba señalamos el artículo. 2º del Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional (hoy estatal), establece:

«La competencia de ejecución en materia de clasificación de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional corresponde a las Comunidades Autónomas, dentro de su ámbito territorial, de acuerdo con las siguientes normas: (…)».

Y según su artículo 9º:

«Los expedientes de clasificación serán resueltos por el órgano competente de la Comunidad Autónoma respectiva. Las resoluciones correspondientes se publicarán en los diarios oficiales. Dichas publicaciones serán remitidas a la Dirección General de la Función Pública y publicadas conjuntamente por ésta en El Boletín Oficial del Estado al menos con carácter trimestral».

Tercera.- En el supuesto sometido a informe, y si bien el presupuesto Municipal de los ejercicios anteriores a 2010, incluido este, del Ayuntamiento de XXX, que se sometieron a consideración de la Junta de Extremadura, a efectos de reclasificación del puesto de secretaria de clase 3ª al de 2ª y creación de un puesto de Intervención, clase 2ª, superaban de acuerdo con la documentación remitida la cantidad de 500

millones de pesetas (3.005.060,52 €) fijados en el Real Decreto 1732/1994, no es menos cierto que la pretensión municipal de volver a reclasificar el puesto de secretaria de clase 2ª a •clase 3ª y supresión del puesto de intervención clase segunda, puede encontrar en este segundo parámetro de nuevo la justificación de su virtualidad, toda vez que la propia evolución económica y de carácter expansivo del gasto municipal en los precedentes ejercicios, sea un decenio o quinquenio, y en particular en el bienio 2009-2010, con los fondos estatales de inversión (R.D.L. 9/2008) y de empleo y sostenibilidad local (R.D.L. 13/2009) respectivamente, muestra a todas luces lo desfasado de la previsión reglamentaria en cuanto al monto del presupuesto anual corporativo para propiciar la referida clasificación de puestos reservados, lo cual puede acreditarse por la simple vía de confrontación de los estados por transferencias corrientes a cualesquiera corporación mediana/pequeña, de las características de XXX y el nivel de gasto e inversión, por estas en el mismo periodo de referencia. Baste pues, examinar en dicho periodo de tiempo (5/10 años), otras corporaciones de las referidas características para comprobar que en las mismas concurrirían idénticos parámetros justificativos de la reclasificación de los puestos reservados, lo cual y desde luego, mal se compadece con la situación real económica, financiera y presupuestaria de dichos Ayuntamientos a fecha actual de grave crisis económica y de restricción del gasto público, que aconseja moderación en las actuaciones municipales de incremento de este, incluidas las correspondientes en materia de personal.

CONCLUSIÓN

Por lo que antecede, y atendiendo a la documentación acompañada para emisión del presente, conforme lo que resulta de la misma y del cuerpo de este informe, a juicio de quien lo suscribe, por el Ayuntamiento de XXX, si a su derecho interesa, podrá interesar de la Consejería competente de la Junta de Extremadura (en la actualidad, Consejeria de Agricultura y Desarrollo Rural. Secretaria General de Desarrollo Rural y Administración Local) la reclasificación del puesto de Secretaria de 2ª a Secretaría clase 3ª y supresión del puesto de Intervención., clase 2ª, la cual en uso de las competencias que en la materia tiene atribuidas, resolverá lo pertinente

Badajoz, junio de 2011

Acuerdos a adoptar por la Mancomunidad frente al Ayuntamiento de XXX, en relación con la liquidación final por recargos de demora que como aportación complementaria.

ANTECEDENTES DE HECHO

Escrito de fecha XX.06.2011, del Sr. Presidente de la Mancomunidad Integral "XXX" , por el que solicita informe, en relación con el asunto epigrafiado en el encabezamiento, manifestando lo siguiente:

" Evacuado informe por Secretaría-Intervención, sobre importe total al que según el mismo asciende la liquidación final "recargos por demora", que como Aportación Complementaria y deuda vencida, líquida y exigible tendrá que hacer frente el Ayuntamiento de XX; ruego que en el plazo más breve posible a fin de que esta Mancomunidad adopte los acuerdos oportunos, emitan informe al respecto, a cuyos efectos se les envía copia de citado informe "

FONDO DEL ASUNTO

La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en sus artículos 26.3, y 36. 1b); así como el R.D. 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 su artículo 30.6 a, b, i), atribuyen a las Diputaciones provinciales la competencia para la prestación de asistencia a la Entidades locales de la provincia, especialmente a las de menor capacidad económica y de gestión. Asistencias, que a los efectos de este informe, se concretan en las de tipo jurídico, además de las que garanticen en aquellas el desempeño de las funciones de fe pública, asesoramiento legal preceptivo, control y fiscalización interna en materia económica y contable, éstas últimas reservadas su prestación a través de funcionarios con habilitación de carácter estatal.

La Diputación de Badajoz inició el cumplimiento de este mandato legal mediante la creación del puesto de Oficial Mayor, a través del cual se ha venido atendiendo a las EE.LL. en sus necesidades de asesoramiento en el orden jurídico y procedimental administrativo.

No obstante esto, las exigencias a la satisfacción de las necesidades en este orden de las Entidades Locales, que es demandada por éstas con carácter cada vez más notorio, precisan de la cooperación provincial en un marco más amplio que abarque todos los aspectos competenciales de las aquellas., para así poder alcanzar con el apoyo de la Diputación de Badajoz cualquier necesidad de asesoramiento y asistencia en el orden jurídico que recaiga sobre la competencia de las Corporaciones locales en el ámbito que queda reseñado.

Por ello, a través de la Oficialía Mayor, se pretende dar exacto cumplimiento a tales demandas, mediante la atención a las dichas Entidades en sus necesidades dentro de las competencias asignadas y que para su efectividad y adecuado desarrollo se han elaborado los correspondientes protocolos, que se ponen a disposición de los usuarios del mismo, es decir, las Entidades Locales de la Provincia, para la prestación más adecuada y de calidad de este cometido.

Consecuencia con lo anterior, no podemos entrar a valorar, ni por tanto informar conforme a lo interesado señalando pautas de actuación a seguir por una Entidad Local frente a otra, pues la necesaria neutralidad e imparcialidad que guía la función que desarrolla esta Diputación Provincial en la Asistencia y Asesoramiento Jurídico a las Entidades Locales de la Provincia, como queda expuesto y del que el Oficial Mayor que suscribe tiene encomendada su dirección técnica, le impide poder atender el asesoramiento interesado, a fin de evitar situaciones discriminatorias en la prestación de dicha función que lo ha de ser por igual y para todas las Entidades Locales y de sus respectivas corporaciones sean actuales y/o de anteriores mandatos (Vid. Epígrafe 2.1. del Protocolo de Actuación I, de la Oficialía Mayor www.dip-badajoz.es/municipios/sael)

Badajoz, julio de 2011

Presencia de representates sindicales en la corrección de exámenes.

ANTECEDENTES DE HECHO

Escrito de fecha X.07.2011, de la Sra. Concejala Delegada de Personal, del Ayuntamiento de XXX, por el que solicita informe, en relación con el asunto epigrafiado en el encabezamiento, manifestando lo siguiente:

" ASUNTO: PETICION DE INFORME EN RELACION CON LA PRESENCIA DE REPRESENTATES SINDICALES EN LA CORRECCIÓN DE EXAMENES.-

Se eleva la siguiente consulta motivada por la insistencia de la representación de las centrales sindicales de U.G.T y C.C.O.O. En asistir a la corrección de exámenes, rogando contestación en el más breve plazo posible.

Por parte de este Ayuntamiento se posibilita la asistencia en el proceso de la convocatoria, pero no en la corrección de exámenes por entender que la misma es competencia de los miembros del Tribunal, la consulta se realiza para constatar que actuamos conforme a legalidad."

PRELIMINAR.- De todos es sabido, que la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público, por Ley 7/2007, de 12 de abril, -EBEP-, ha generado muchas dudas en su aplicación práctica, bien por la vía de la derogación de artículos, bien por incluir preceptos que obligan a realizar interpretaciones legales forzadas, y en este aspecto, ocupa un lugar destacado, por su constante aplicación, la normativa atinente a la selección de personal y en particular, en lo concerniente a su órgano de selección, en relación con lo cual, la E. de M. del EBEP apunta que «En materia de acceso al empleo público ha sido preocupación esencial garantizar en la mayor medida posible la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como la transparencia de los procesos selectivos y su agilidad, sin que esto último menoscabe la objetividad de la selección. (…) En particular se hace hincapié en las garantías de imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, para asegurar su independencia en el ejercicio de las potestades que les corresponden y de ahí, que, como es regla en otros ordenamientos, se establezcan determinados límites a su composición. A ello se añade el criterio favorable a la paridad de género, en

coherencia con la mayor preocupación actual de nuestro ordenamiento por garantizar la igualdad real entre hombres y mujeres».

FONDO DEL ASUNTO

PRIMERO.-Dispone el artículo. 3 EBEP: "1. El personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local". Este precepto supone que el EBEP será de aplicación directa tanto a la Administración General del Estado como a las Administraciones Autonómicas y a las Entidades Locales, dado su carácter de legislación básica (Disposición Final Primera -EBEP-). Por lo que respecta a la legislación de desarrollo, debemos acudir a la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, -LRBRL-, dado que las normas relativas al personal al servicio de las Entidades Locales del Título VII (salvo el artículo. 92 y el Capítulo III -LRBRL-) no han sido derogadas por el EBEP, por lo que tienen el carácter de básicas y son aplicables a la función pública local. Y, por otra parte, deben tenerse en cuenta las normas en materia de personal que incorpora el Título VII 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-. Estas normas tienen en unos casos carácter de legislación básica y en otros supletoria de la de las Comunidades Autónomas, en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria 1ª de LRBRL. Por otro lado, el artículo. 100.2 LRBRL habilitó a la Administración del Estado para establecer reglamentariamente las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección y formación de los funcionarios locales distintos de los de habilitación nacional (hoy, Estatal). Este desarrollo reglamentario se produjo por medio del RD 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 artículo.4. e), .precisa el contenido mínimo de las bases, "Las bases deberán contener al menos: e) Los Tribunales, que contarán con un Presidente, un Secretario y los Vocales que determine la convocatoria. Su composición será predominantemente técnica y los Vocales deberán poseer titulación o especialización iguales o superiores a las exigidas para el acceso a las plazas convocadas."

Conforme a lo anterior, debemos concluir que en materia de selección de funcionarios de las entidades locales será de aplicación, en primer lugar, la legislación básica (tanto la contenida en el Estatuto como en la legislación de régimen local); normas éstas que prevalecen sobre las demás. En segundo lugar, la legislación sobre función pública de la respectiva comunidad autónoma, como legislación de desarrollo. Y, con carácter supletorio, la legislación estatal de desarrollo en materia de acceso a la función pública.

SEGUNDO.-Sentado lo anterior, examinemos el asunto concreto sometido a consulta, desde la perspectiva de la regulación de los tribunales de selección en la normativa básica estatal. El artículo. 60 EBEP regula los tribunales de selección de los funcionarios públicos estableciendo que serán órganos colegiados y que su

composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, y se tenderá, asimismo, a la paridad entre mujer y hombre. Por otra parte, y como concreción expresa de esos principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, determina que no podrán formar parte de dichos órganos de selección el personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual. Finalmente, completa dicha regulación disponiendo en el párrafo tercero que "La pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie".

La Orden APU/3018/2004, de 16 de septiembre, por la que se constituye la comisión para el estudio y preparación del EBEP concluyó que una de las claves fundamentales de la credibilidad de los procesos de selección de personal en la Administración pública (en general) reside en asegurar la imparcialidad y objetividad de los órganos de selección , que ejercitan facultades de discrecionalidad técnica difíciles de controlar. Por eso consideraba, a la luz de la experiencia, que la composición de dichos órganos debe ser estrictamente técnica. Por estas razones proponía no sólo contemplar los principios de imparcialidad (subjetiva y objetiva, tal y como exige el TC, entre otras, en la sentencia de 16 de enero de 2004, y ponía de manifiesto un aspecto que se considera esencial para garantizar la imparcialidad de los tribunales de selección , como es la calificación técnica de sus miembros (no dice expresamente funcionarios como hacía el RD 364/1995). Dijo además que la profesionalidad constituye un requisito esencial para lograr la imparcialidad y que "por ello, las personas que formen parte de aquellos órganos deben poseer, pues, un amplio conocimiento del área profesional en que estén incardinados los puestos o funciones a que se dirige la selección o un dominio de las técnicas y habilidades específicas de selección de personal , o ambas cosas al mismo tiempo".

Debe tenerse en cuenta por tanto, que la función principal de los órganos de selección en los procesos selectivos de acceso a la función pública es la de ofrecer al órgano administrativo que debe efectuar el nombramiento aquellos conocimientos que no posee y que son imprescindibles para realizar una prueba de evaluación profesional. De ahí que resulte esencial regular con carácter básico los principios y reglas reguladores de la composición de dichos órganos. Estos principios de imparcialidad y profesionalidad vienen a reforzar los principios rectores del acceso al empleo público enunciados en el artículo. 55.2 EBEP (en particular los previstos en el apartado c): "Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación:…c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección .)

TERCERO.- La interpretación de los preceptos transcritos y las dudas suscitadas en torno a la misma ha sido afrontadas por la Dirección General de la Función Pública y por la Dirección General de Cooperación Local, que tiempo después de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Resolución de 21 de junio de 2007, de la

Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos; saca a la luz, en la propia página Web del Ministerio, lo que ella autodenomina «Criterios para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración Local».

A través de ellos, y en un intento por aclarar importantes aspectos de la interpretación del EBEP tales como los relativos a la integración de los órganos de selección, afirma que:

«Debe entenderse por «personal de elección política» los cargos públicos representativos locales como son Alcaldes, Concejales, Presidentes de Diputación, Diputados Provinciales, etc. Se entiende, pues, implícitamente derogado el segundo párrafo de la letra f) del artículo 4 del Real Decreto 896/1991, de Reglas básicas y programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los Funcionarios de la Administración Local.

El «personal de designación política» no debe identificarse con quienes son nombrados por el procedimiento de libre designación, incluidos los funcionarios con habilitación de carácter estatal, ya ésta es una forma de provisión de puestos de los funcionarios de carrera, no una clase de personal.

La pertenencia a los órganos de selección lo será siempre a título individual y no en representación o por cuenta de nadie. En consecuencia, no pueden aceptarse propuestas ni actuaciones en nombre de órganos unitarios de representación del personal, organizaciones sindicales, colegios profesionales o cualquier entidad representativa de intereses».

En base a las anteriores argumentaciones la doctrina ha venido manteniendo que a partir de la entrada en vigor de la Ley 7/2007 no podrán formar parte de los tribunales de selección Alcaldes o Concejales, así como personal eventual o interino y demás miembros de «elección política» que sean nombrados bien por una Diputación Provincial, bien por la Comunidad Autónoma correspondiente.

Ciertamente; la cláusula según la cual «la pertenencia a los órganos de selección lo será siempre a título individual y no en representación o por cuenta de nadie» ha de derivar, por tanto en la prohibición de que acuda como miembro el Tribunal una persona en sustitución de la inicialmente nombrada a tales efectos, así como en la imposibilidad de que puedan aceptarse actuaciones de miembros en órganos de selección que lo hagan en nombre de órganos unitarios de representación del personal, tales como las organizaciones sindicales, colegios profesionales o cualquier entidad representativa de intereses.

CUARTO.- La regulación del artículo 60 EBEP que hemos visto, es en consecuencia de aplicación para la selección tanto del personal funcionario, como del personal laboral, pues el artículo 55.2 EBEP, inserto, como vimos, en el Capítulo I «Acceso al empleo público y adquisición de la relación» del Título IV «Adquisición y pérdida de la relación de servicio», al igual que el artículo 60, señala que las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto

seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales igualdad, mérito y capacidad.

Como en la petición de informe no se dice si los tribunales de selección sobre los que se cuestiona la participación de los miembros de las organizaciones sindicales con representación en el Ayuntamiento, lo son para la selección de personal funcionario o personal laboral, vamos a realizar las siguientes consideraciones.

A) En caso de que dichos tribunales se convocaran para la selección de personal funcionario, debe tenerse en cuenta que el artículo 100.1 LBRL establece que es de competencia de cada Corporación local la selección de los funcionarios no comprendidos en el número 3 del artículo 92, que se refiere a los funcionarios con Habilitación de carácter nacional (hoy, estatal)

Por su parte, el número 2.a) del mencionado artículo 100 LBRL preceptúa que corresponde, no obstante, a la Administración del Estado, establecer reglamentariamente las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección y formación de tales funcionarios.

Pues bien, en desarrollo del artículo 100 LBRL, el 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, que no ha sido derogado por el EBEP, por lo que, de acuerdo con la Disposición Final Cuarta apartado 3º, hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en el EBEP.

Esta regulación debe completarse con el artículo 11 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado, que también debe considerarse vigente hasta que se promulguen las Leyes de Función y las normas reglamentarias de desarrollo, que determina:

«Los Tribunales serán nombrados, salvo excepción justificada, en cada orden de convocatoria y con arreglo a la misma les corresponderá el desarrollo y la calificación de las pruebas selectivas. Estarán constituidos por un número impar de miembros, funcionarios de carrera, no inferior a cinco, debiendo designarse el mismo número de miembros suplentes y en su composición se velará por el cumplimiento del principio de especialidad. La totalidad de los miembros deberá poseer un nivel de titulación igual o superior al exigido para el ingreso en el Cuerpo o Escala de que se trate».

B) En caso de que los tribunales se convocaran para la selección de personal laboral, ya hemos dicho que el artículo 60 LEBEP es igualmente de aplicación.

El artículo 61.7 LEBEP, relativo a los procesos selectivos, dispone que las Administraciones Públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las Organizaciones Sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos.

QUINTO.- Por último en el análisis que hacemos del artículo 60 del Estatuto Básico del Empleado Público, hemos de tener en cuenta el informe de la Comisión de expertos que sirvió de base para la redacción de la Ley 7/2007, de 12 de abril, en el que textualmente se dice: «Es indudable que en nuestro país se ha hecho un esfuerzo durante los últimos años en diferentes Administraciones para avanzar en estas garantías elementales de los principios de igualdad en el acceso y de mérito y capacidad... Así puede constatarse mediante la simple lectura de las bases de algunas convocatorias y de normas de diferente rango y ámbito de aplicación, que aún hoy, con excesiva frecuencia (y sin ningún reparo), determinan la composición de ciertos órganos de selección mediante la designación de sus miembros por o en representación» de grupos políticos o sindicales o, en menor medida, de otras asociaciones u organizaciones».

Aunque este informe nos puede llevar a la conclusión de que este artículo se esta refiriendo a la exclusión en los órganos de selección solo de los miembros corporativos; no obstante, su redacción hace que nos planteemos la siguiente pregunta: ¿por qué se utiliza la expresión «personal de elección o de designación política», y no «personal electo» o más bien «miembros electos»?, dado que no existe norma alguna en la que a un Alcalde o Concejales se le asimile al término de «personal de elección»; además el vocablo «personal», siempre se ha venido utilizando en la legislación de Régimen Local para referirse al trabajador, bien sea funcionario o laboral al servicio de la Entidad Local. Por tanto entendemos que con esta expresión se está haciendo alusión a la prohibición del derecho nunca existente, y que anteriormente era omitido en el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, el cual no prescribía, en ningún caso, la obligatoriedad de participación de los representantes de los funcionarios en los procesos selectivos, pues no hacía ninguna mención al efecto; así como al personal de alta dirección regulado en el artículo 13 del la EBEP, al referirse al de designación política.

Por otra parte, entendemos que el apartado 3, de este mismo precepto, al establecer que la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie, viene a reforzar la tesis anteriormente apuntada; aunque también puede tener un mayor margen de interpretación, pudiendo entenderse referida a aquellos supuestos de suplencia o sustitución de los miembros del tribunal designado en las propias bases de la convocatoria, incluidos lo suplentes.

Así pues, y sobre la base de que el artículo 61.7 del Estatuto Básico del Empleado Público, establece que las Administraciones Públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las Organizaciones Sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos; entendemos que la actuación por parte de ese Ayuntamiento ha sido correcta, en tanto en cuanto no tiene negociado un convenio que establezca o fije la participación de los representantes sindicales (Delegados o Juntas de Personal), en los procesos selectivos del personal laboral.

CONCLUSIONES.- A la espera de un desarrollo reglamentario del Estatuto Básico del Empleado Público, o bien que los propios tribunales de justicia sienten doctrina y jurisprudencia al respecto, entendemos que la prohibición establecida en el artículo 60.2 se refiere también a los sindicatos (representante, delegados de personal o Juntas de Personal).

No obstante, al margen de la interpretación del precitado artículo, incluida la relativa a la pertenencia en los órganos de selección a título individual y no en representación de nadie; si resulta indiscutible que la participación de los sindicatos en régimen de colaboración en tales órganos debe establecerse en el ámbito de la negociación de los respectivos convenios colectivos, y que al no existir en ese Ayuntamiento, la actuación de este, en el caso que nos ocupa, la entendemos correcta, y que por lo señalado, la participación de los sindicatos, una vez plasmada la misma vía Convenio, habría de circunscribirse en su caso, a la mera colaboración, pero en ningún caso, a la elaboración y participación en el desarrollo de las pruebas, ni por supuesto en la calificación de las mismas, lo que por su propio carácter, exige la ausencia de dichos representantes durante su realización, a fin de no constreñir la independencia e imparcialidad de los miembros del Tribunal, en la emisión de sus pareceres, juicios de conocimiento y de valoración respecto de las pruebas realizadas.

Este es el informe que se emite por la Oficialía Mayor - con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para con lo interesado por el Ayuntamiento de XXX (Sra. Concejala Delegada de Personal) y que se somete a su consideración y a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

Badajoz, julio de 2011

Actuaciones a realizar por la Presidencia respecto del contenido de diversos escritos presentados por el Secretario-Interventor

ANTECEDENTES DE HECHO

Escrito de fecha x.07.2011, de la Sra. Presidenta en Funciones de la Mancomunidad de Municipios "XX" , por el que solicita informe, en relación con el asunto epigrafiado en el encabezamiento, manifestando lo siguiente:

"Se solicita informe jurídico sobre los documentos q a continuación se acompañan, donde pretendo evaluar las posibles actuaciones a poner en marcha ante lo recogido en los mismos "

Documentación anexa:

-Escrito de XX julio de 2011, dirigido por el Secretario-Interventor a la Presidenta y Gerente de la Mancomunidad, requiriendo entrega de llave de acceso a la Sede de la Mancomunidad, por cambio de cerradura y sobre horario de entrada a trabajo. Señala plazo al día XX, para que se le entregue la copia de la llave, advirtiendo que de contrario denunciara los hechos al Juzgado de lo Penal y a la Dirección General de Administración Local, en cuanto pueda ser constitutivo de delito.

--Escrito XX de julio de 2011, dirigido por el Secretario-Interventor a la Presidenta y Gerente de la Mancomunidad, sobre obligación de llevanza de la contabilidad de la Mancomunidad.

-Escrito XX de julio de 2011, dirigido por el Secretario-Interventor a la Directora de Entidad financiera, requiriéndola de abstención de realizar pagos, en ausencia de la firma conjunta en el documento de ordenación de la de los tres claveros de la Mancomunidad.

FONDO DEL ASUNTO

A) De la responsabilidad administrativa de la contabilidad de las EELL

La responsabilidad administrativa de la contabilidad está configurada en nuestra legislación como una función pública, y en cuanto tal sólo puede ser asumida por

personal funcionario, y en el ámbito de la Administración local, por un funcionario de habilitación estatal, ya sea de la subescala de Intervención-Tesorería o de la de Secretaría-Intervención, en los términos establecidos por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Dicha responsabilidad administrativa se traduce en la práctica –cuando no es el propio funcionario de habilitación estatal quien además desarrolle materialmente el trabajo contable- en la dirección y supervisión «de los servicios encargados de su realización, sin perjuicio de las atribuciones de los órganos de gobierno de la Corporación Local en materia de organización y dirección de sus servicios administrativos». Así se indica en el apartado 3º del artículo 1 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, de Régimen Jurídico de los Funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional, norma todavía de aplicación, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional Séptima del EBEP.

Así pues, la función contable es de la exclusiva responsabilidad del interventor (en nuestro caso, del Secretario-Interventor) y así se establece en el artículo 204 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: «1. A la Intervención de las entidades locales le corresponde llevar y desarrollar la contabilidad financiera y el seguimiento, en términos financieros, de la ejecución de los presupuestos de acuerdo con las normas generales y las dictadas por el Pleno de la corporación.

2. Asimismo, competerá a la Intervención la inspección de la contabilidad de los organismos autónomos y de las sociedades mercantiles dependientes de la entidad local, de acuerdo con los procedimientos que establezca el Pleno».

Y en el artículo 4 del Real Decreto 1174/87 de 18 de septiembre, de régimen Jurídico de los habilitados estatales:

«1. La función de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera presupuestaria comprende:

a) La fiscalización, en los términos previstos en la Legislación, de todo acto, documento o expediente quedé lugar al reconocimiento de derechos y obligaciones de contenido económico o que puedan tener repercusión financiera o patrimonial, emitiendo el correspondiente informe o formulando, en su caso, los reparos procedentes.

b) La intervención formal de la ordenación del pago y de su realización material.

c) La comprobación formal de la aplicación de las cantidades destinadas a obras, suministros, adquisiciones servicios».

B) De las facultades de autoorganización (Horarios y dependencias)

Dentro de la facultad autoorganizativa que corresponde a las Entidades Locales, y en concreto en la Mancomunidad, a la Presidencia, le corresponde determinar la estructura, ubicación, uso y acceso a las distintas dependencias, así como la determinación del horario -siempre dentro del máximo legal. 37,30 horas semanales- . Si bien, no hay norma que regule esta cuestión, lo cierto es que la Mancomunidad, como entidad local, sí cuenta con esa potestad de autoorganización (artículo 4.1.a LRBRL 7/1985, de 2 de abril), que comprende las facultades mencionadas y debemos

recordar que el Presidente, en la actualidad, entre otras atribuciones, ostenta la dirección del gobierno y administración de la Entidad (artículo. 21.1. b) LRBRL, para el Alcalde) y la organización de los servicios según el artículo 41.2 ROF. Esta configuración del cargo le otorga, obviamente, una posición, si no de preeminencia, sí de cierta distinción respecto de los restantes miembros de la Corporación, y así a nuestro juicio, la reordenación de espacios de las dependencias municipales y asignación o reasignación de los mismos a los distintos funcionarios así como la estructura, ubicación, uso y acceso a las distintas dependencias, y la determinación del horario -siempre dentro del máximo legal. 37,30 horas semanales-, es de su competencia, como Jefe superior de la Administración de la Entidad Local y organizador de sus servicios, al que corresponde la decisión de quién realiza, cómo se realiza y cuándo se realiza dicha distribución espacial y temporal y, correlativamente a ello, la responsabilidad que ello pueda comportar(artículo. 3.2 CC).

En cuanto al horario establecido por la Presidencia y su cumplimiento por todos los empleados de la Mancomunidad, es necesario recordar, que es un deber de todo funcionario y trabajador el cumplir con la jornada de trabajo que se haya establecido y correlativamente es facultad de la Administración controlar dicho cumplimiento mediante la fórmula que se estime oportuna (normalmente pliego de firmas o reloj), a cuyo efecto corresponde a la Presidencia, como dijimos, al ostentar la Jefatura de todo el personal, el regular, del modo que tenga por conveniente (v.gr. mediante circular de orden interno el funcionamiento de dicho control ; hora límite de entrada, retirada de los pliegos, firmas de quienes llegan tarde, salidas y entradas durante el horario de trabajo, etc.) poniéndola en conocimiento de todos los afectados a los efectos de su aplicación y cumplimiento.

A este respecto, la Resolución de 2 de enero de 2009, de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, por la que se dictan instrucciones en relación con las nóminas de los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, en los términos de la disposición final cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del empleado público, y se actualizan para el año 2009 las cuantías de las retribuciones del personal a que se refieren los correspondientes artículos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho ejercicio, establece en su apartado 2.1 que la diferencia, en cómputo mensual, entre la jornada reglamentaria de trabajo y la efectivamente realizada por el funcionario dará lugar, salvo justificación, a la correspondiente deducción proporcional de haberes. Para el cálculo del valor hora aplicable a dicha deducción se tomará como base la totalidad de las retribuciones íntegras mensuales que perciba el funcionario dividida entre el número de días naturales del correspondiente mes y, a su vez, este resultado por el número de horas que el funcionario tenga obligación de cumplir, de media, cada día.

Esta medida sobre deducción de haberes, viene contemplada en la Ley 7/2007, de 12 de abril, al margen de la sanción disciplinaria que pudiera corresponder, por lo que, además de la deducción debemos estar a lo dispuesto en el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, y artículos 147, 151, 152, del Real Decreto

Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local.

- De los tres claveros.-

La existencia de los tres claveros es un hecho en la vigente Legislación, aunque la denominación haya desaparecido de la normativa vigente. Y decimos que es un hecho por la simple interpretación de dicha normativa. En efecto, el Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, en el artículo 186.1 dispone que «competen al Presidente de la Entidad Local las funciones de Ordenación de Pagos». Luego el Alcalde, como Ordenador de pagos, es uno de los tres claveros que la Ley establece.

El artículo 214.2 TRLRHL, al definir el objeto de la función Interventora, establece que dicha función comprende la intervención formal de la ordenación del pago, así como la intervención material del mismo. Lo que implica que sin su intervención no cabe la realización de pago alguno, salvo saltándose la normativa.

Por último, en el artículo 196.1, se regulan las funciones encomendadas a la Tesorería, entre las que se encuentran las de pagar las obligaciones; servir al principio de la unidad de caja, mediante la centralización de los fondos y valores generados por operaciones presupuestarias y extrapresupuestarias; y distribuir en el tiempo las disponibilidades dinerarias para la puntual satisfacción de las obligaciones.

Como vemos, tanto Alcalde/Presidente, Interventor como Tesorero participan en el acto pagadero, sin que la normativa establezca excepción alguna a su intervención por la cuantía del pago, por ello, todos los pagos realizados por la entidad deben ser intervenidos por los tres claveros.

CONCLUSIONES:

A) De la responsabilidad administrativa de la contabilidad de las EELL

Corresponde al Secretario-Interventor, en los términos señalados, de manera que cualquier incumplimiento sobre los deberes que dicha responsabilidad lleva implícitos pueden ser objeto de corrección disciplinaria respecto del funcionario de habilitación estatal, titular del puesto.

B) De las facultades de autoorganización (Horarios y dependencias

Corresponde a la Presidencia de la entidad, determinar conforme a la normativa reseñada y dentro de sus facultades de autoorganización, el establecer las condiciones de acceso (incluida la sustitución de llaves, modificación de dependencias, de su ubicación) a sí como la fijación del horario de prestación por artículos de todos los empleados de la Mancomunidad, y caso de incumplimiento, la adopción por la misma de las correcciones disciplinarias en que pudiera incurrirse por alguno de dichos empleados, a salvo en su caso, la aplicación de la medidas de deducción de haberes.

C) De los tres claveros

Corresponde al Presidente, Interventor y Tesorero, conjuntamente intervenir mediante sus respectivas firmas en el acto pagadero, sin que la normativa establezca excepción alguna a su intervención, por ello, todos los pagos realizados por la entidad deben ser intervenidos por los tres claveros.

Este es el informe que se emite por la Oficialía Mayor - con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para con lo interesado por la Sra. Presidenta de la Mancomunidad de Municipios "XX" y que se somete a su consideración y a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

Badajoz, julio de 2011

Legalidad del modo de pago de asignaciones a grupos políticos corporativos en el mandato anterior.

ANTECEDENTES DE HECHO

Escrito de fecha XX.07.2011, del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XX, por el que solicita informe, en relación con el asunto epigrafiado en el encabezamiento, manifestando lo siguiente:

"Este Ayuntamiento durante la pasada legislatura 2007-2011, tenía aprobado en concepto de asignación de Grupos Políticos 25 euros a cada Grupo Político y 115 euros por cada concejal correspondiente, resultando una asignación mensual siguiente:

PP: XX euros

PSOE: XX euros.

Recientemente realizadas determinadas comprobaciones contable en este Ayuntamiento, resulta que de la asignación mensual que resultaba al Grupo Popular, de esos XX euros, mensualmente se transferían desde la cuenta bancaria del Ayuntamiento XX euros a la cuenta bancaria persona de cada uno de los concejales populares, incluida una concejalía independiente presentada en la Candidatura Popular, y el resto o diferencia, es decir los XX euros restantes, se transferían desde este Ayuntamiento en la cuenta del PP.

Como quiera que nos han surgido determinadas dudas referentes a si se pueden tratar de retribuciones percibidas de forma irregular por los concejales populares, es por lo que deseamos conocer, mediante el correspondiente informe jurídico, si la situación planteada es legal o por el contrario adolece de alguna ilegalidad. Como prueba de ello se adjunta copia de una liquidación efectuada."

FONDO DEL ASUNTO

A) Posibilidad legal de pago de asignaciones mensuales a corporativos.

El apartado 3º, párrafo 2º del artículo. 73 de la LRBRL, dispone: "El Pleno de la corporación, con cargo a los Presupuestos anuales de la misma, podrá asignar a los grupos políticos una dotación económica que deberá contar con un componente fijo, idéntico para todos los grupos y otro variable, en función del número de miembros de cada uno de ellos, dentro de los límites que, en su caso, se establezcan con carácter

general en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y sin que puedan destinarse al pago de remuneraciones de personal de cualquier tipo al servicio de la corporación o a la adquisición de bienes que puedan constituir activos fijos de carácter patrimonial."

Por lo demás, hemos de partir de que la ordenación de pago es el acto mediante el cual el ordenador de pagos, sobre la base de las obligaciones reconocidas y liquidadas, expide la correspondiente orden de pago contra la Tesorería, actuación que se materializa en los correspondientes documentos de pago, en que habrá de especificarse, entre otros extremos, el interesado o perceptor, con expresión de su código identificativo y denominación del mismo, y que habrán de constar en las relaciones de transferencia para la entidad bancaria a la que se ordena el pago, lo efectúe en las «cuentas corrientes situadas en Bancos o Entidades financieras reseñadas por los interesados» (artículo 66 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril). Por ello, el Ayuntamiento cumple con su obligación de pago de la aportación a los Grupos municipales, con ordenar la transferencia a las mismas a las cuentas corrientes que le hayan indicado éstos a través de sus portavoces. Siendo cuestión ajena si tales cuentas corresponden al grupo o están a nombre de otro, etc.

B) Exigencia de posibles responsabilidades por los hechos examinados

Al igual que en nuestro informe de Refª 198.IJ.2011, y fecha 18 de julio pasado, no podemos entrar a valorar, respecto de corporativos municipales, de ese Ayuntamiento, sean del actual o anteriores mandatos, la existencia o no de responsabilidades por los anteriores hechos y en que grado y medida pudieran haberse producido y a quien o quienes, en su caso fueren imputables, pues la necesaria neutralidad e imparcialidad que guía la función que desarrolla esta Diputación Provincial en la Asistencia y Asesoramiento Jurídico a las Entidades Locales de la Provincia, y del que el funcionario que suscribe tiene encomendada su dirección técnica, le impide poder atender el asesoramiento interesado, en este punto, a fin de evitar situaciones discriminatorias en la prestación de dicha función que lo ha de ser por igual y para todas las Entidades Locales y sus corporativos actuales y/o de anteriores mandatos (Vid. Epígrafe 2.1. del Protocolo de Actuación I, de la Oficialía Mayor www.dip-badajoz.es/municipios/sael)

Este es el informe que se emite por la Oficialía Mayor - con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para con lo interesado por el Ayuntamiento de XXX y que se somete a su consideración y a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

Badajoz, octubre de 2011

Órgano competente para efectuar la convocatoria de la sesión constitutiva de la nueva Mancomunidad, consecuencia de las elecciones municipales del 22.05.2011.

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha XX 09.2011, recibido vía fax, en esta Corporación Provincial, el Sr. Presidente de la Mancomunidad de Servicios de La Comarca de XXX, solicita informe en relación con el asunto epigrafiado, adjuntando al efecto vía e-mail copia de los vigentes Estatutos de la Mancomunidad.

Primero. El artículo 44 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) reconoce a los Municipios el derecho a asociarse con otros en mancomunidades para la ejecución en común de obras y servicios determinados de su competencia. Y dice a continuación que las mancomunidades tienen personalidad y capacidad jurídicas para el cumplimiento de sus fines específicos y se rigen por sus Estatutos propios, los cuales regulan el ámbito territorial de la entidad, su objeto y competencia, órganos de Gobierno y recursos, plazo de duración y cuantos otros extremos sean necesarios para su funcionamiento.

Por su parte el artículo. 26 de la Ley 17/2010, de 22 de diciembre, de Mancomunidades de Extremadura, a este propósito establece:

"1. Las mancomunidades de la Comunidad Autónoma de Extremadura, en ejercicio de su autonomía organizativa y mediante la aprobación de sus estatutos y de sus reglamentos orgánicos, establecerán la estructura de su propia organización y régimen de funcionamiento."

Por lo tanto, hemos de partir de que los miembros de los órganos de Gobierno de las Mancomunidades son representantes del Ayuntamiento que ostentan la condición de Alcalde o Concejales en este y por ello, una vez que cesan en el cargo, pierden la representación y quedan también en funciones en la Mancomunidad.

En efecto, por la perdida de la condición de Alcalde o Concejal del Municipio por el que fueron elegidos representantes en la Mancomunidad, pierden tal condición en la misma, aunque hasta tanto se les sustituya, seguirán en funciones representativas ordinarias en la Mancomunidad, y así lo establece el artículo. 27 de meritada Ley, a cuyo tenor:

"1. El nombramiento, cese y renuncia de la condición de miembro de los órganos colegiados de la mancomunidad se realizará en los términos que fijen los estatutos de la mancomunidad.

10. En todo caso, la pérdida de la condición de concejal en el municipio o de representante en la Junta Vecinal de la entidad local menor incorporados a la mancomunidad supone la pérdida de la condición de miembro en los órganos de la mancomunidad.

Cuando los representantes de los municipios y entidades locales menores mancomunados pierdan, por cualesquiera razones, tal condición permanecerán en funciones para cuestiones de administración ordinaria de la mancomunidad hasta tanto el municipio o entidad local menor nombren a su nuevo representante."

Ello es trasunto de lo dispuesto en los artículos 194.2 de la LOREG y 39.2, 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 (ROF), regulan que una vez finalizado su mandato, los miembros de las corporaciones cesantes continuaran sus funciones solamente para la administración ordinaria hasta la toma de posesión de sus sucesores, no pudiendo adoptar, en ningún caso, acuerdos para los que legalmente se requiera una mayoría cualificada.

Se busca con esta previsión excepcional por parte de la normativa, evitar un vacío de poder en las entidades locales, que pudiera producir efectos perjudiciales, tanto para su propia administración, como para terceros en sus relaciones con los mismos.

Por lo tanto, tal y como nos indica la doctrina de la Junta Electoral Central, por todos, en Acuerdo del 27/04/1999, y aplicable por identidad de razón, mutatis mutandi, a la cuestión a que se contrae el presente:

«Conforme a lo dispuesto en los artículos 42.3 y 194 el mandato de los miembros de las Corporaciones Locales es de cuatro años contados a partir de la fecha de la elección, y finaliza, en todo caso, el día anterior a la celebración de las siguientes elecciones. A partir de este momento los miembros de las Corporaciones cesantes continúan en funciones para actos de administración ordinaria hasta la toma de posesión de sus sucesores (…)».

Segundo. A mayor abundamiento, y corroborando lo sostenido en el punto anterior y en tanto, dijimos, que son los Estatutos de la Mancomunidad la norma primaria a la que hay que acudir para determinar el régimen de organización y funcionamiento de la misma, y en cuanto que en los Estatutos de la Mancomunidad que nos ocupa, se regulan las cuestiones que nos atañen, y en concreto lo referente al gobierno y administración de la misma durante el periodo que se extiende desde la celebración de las elecciones locales hasta la toma de posesión de los nuevos representantes en la mancomunidad designados consecuencia de aquellas, el artículo. 15 de los vigentes Estatutos de la Mancomunidad de XXX, dispone:

- "Tras la celebración de Elecciones Locales y dentro del plazo previsto por la Ley para la designación de representantes en órganos colegiados, las entidades locales integrantes de esta Mancomunidad deberán nombrar a sus

Representantes en esta Mancomunidad, debiendo comunicar el resultado de las mismas.

- Hasta la fecha de constitución de la nueva Asamblea General y designación de los componentes de los distintos órganos de esta Mancomunidad, actuarán en sus funciones los órganos existentes con anterioridad, si bien sólo podrán ejercer las funciones de gestión ordinaria de la Mancomunidad."

CONCLUSION: La convocatoria para la constitución de la nueva Mancomunidad y la elección de su Presidente/a, corresponde quien al día de la fecha ostente la condición de Presidente en Funciones de la Mancomunidad.

Badajoz, septiembre de 2011

Compatibilidad del Cargo de Concejal sin dedicación con la contratación por el Ayuntamiento con cargo al programa primero del Decreto 153/2010, empleo de experiencia (Duración: 1 año. Jornada 50%)

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha XX.10.2011, recibido en esta Corporación Provincial, el XX.10.2011, Sr. Alcalde- Presidente del Ayuntamiento de XX, solicita informe en relación con el asunto epigrafiado.

FONDO DEL ASUNTO

PRIMERO.- La cuestión planteada se inscribe materialmente dentro del ámbito del Estatuto de los Concejales como conjunto de derechos y obligaciones que determinan el régimen jurídico del cargo que ocupa. Dicho Estatuto aparece regulado en el Capítulo V, Título V de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en adelante LRBRL, desarrollado desde el punto de vista reglamentario por los artículos. 13 y ss 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, en adelante ROF.

En este sentido, el artículo. 76 LRBRL en relación con el artículo. 18 ROF,.se refieren a las incompatibilidades respecto al cargo de concejal . El régimen de incompatibilidades se refiere a la limitación del ejercicio de determinados derechos como ejercer una profesión o desempeñar un puesto de trabajo, o participar en procedimientos de adjudicación de contratos u obtención de subvenciones.

Específicamente, en cuanto a las limitaciones de los Concejales para desempeñar un puesto de trabajo, se regulan estas en el artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General que, específicamente, respecto al personal al servicio del Ayuntamiento, establece que es incompatible con la condición de Concejal desempeñar el puesto de trabajo de Director de Servicio, o tener la condición de empleado publico en activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él.

Para poder declarar dicha incompatibilidad, exige la condición genérica de "empleado público", y este es definido por el artículo. 8 EBEP, como:

"1. Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales.
2. Los empleados públicos se clasifican en:
1. Funcionarios de carrera.
2. Funcionarios interinos.
3. Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.
4. Personal eventual."

Por tanto, este sistema lo que prohíbe es la concurrencia de esas dos situaciones (concejal y empleado municipal) pero no la participación en procedimientos selectivos para la obtención de una plaza de personal funcionario o la contratación como personal laboral, pues de este modo ha de entenderse la necesidad de opción sobrevenida en el presente caso, es decir, no por la obtención de la condición de cargo publico sino de la de personal al servicio de la Administración en la que se ostenta dicho cargo.

SEGUNDO.- Así y sobre este particular, recordemos que la doctrina de la Junta Electoral Central, ha considerado que la incompatibilidad con el cargo de Concejal afecta a todo el personal en activo del Ayuntamiento, cualquiera que sea el régimen jurídico de su relación con la Corporación local (Acuerdo de 12 de abril de 1991), aplicándose también a las personas contratadas por la Corporación, aunque no sea ésta la entidad que satisfaga sus retribuciones (Acuerdo de 4 de abril de 1991), alcanzando incluso esta incompatibilidad a los trabajadores contratados por el Ayuntamiento para trabajar con cargo a una subvención concedida en virtud de un acuerdo de colaboración entre INEM-Corporaciones Locales (acuerdo de 27 de enero de 1992), reiterando en el acuerdo de 15 de junio de 1992, que, a efectos de esta incompatibilidad de Concejal con la de contratado laboral por la Corporación, es indiferente si es ésta la entidad que abona la retribución y si el interesado es o no personal de plantilla, materia de la que también se ha ocupado el Tribunal Supremo que en su Sentencia de 24 de febrero de 1995, considera que la contratación laboral de un Concejal, pese a la incompatibilidad existente, puede ser constitutiva de delito de prevaricación, sin que sea aceptable la alegación de que la contratación fue sugerida o propuesta por el INEM., y por último la STS Sala 3ª de 26 abril 2002 determina al respecto, que las causas de incompatibilidad establecidas por la LOREG, en tanto en cuanto son excepciones de criterios generales de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas de modo restringido. En el bien entendido de que con el régimen de incompatibilidades se trata de garantizar la objetividad, imparcialidad, eficacia y transparencia en el desempeño del cargo o función pública de que se trata.

A la vista de lo anterior, aun cuando no desconocemos a las dificultades que en los pequeños municipios plantea esta incompatibilidad, lo cierto es que existe un conflicto, desde el punto de vista legal y posiblemente desde el ético-político (si hubiese un aprovechamiento en su propio beneficio de su condición de Concejal), que, ha de resolver la Corporación, conforme previene el artículo 10 del ROF.

TERCERO.- No obstante lo anterior, nada impide al Concejal/a concurrir al proceso selectivo convocado por el Ayuntamiento, para acceder en condiciones de igualdad con el resto de aspirantes, al empleo público de que se trate, pero una vez hecha la selección y efectuada la contratación del/la concejal/a se produciría, en su caso, la situación de incompatibilidad, debiendo en este caso el Pleno proceder de acuerdo con lo establecido en el meritado artículo 10 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, a cuyo tenor :

"1. Los concejales y diputados deberán observar en todo momento las normas sobre incompatibilidad y deberán poner en conocimiento de la Corporación cualquier hecho que pudiera constituir causa de la misma.
2. Producida una causa de incompatibilidad y declarada la misma por el Pleno corporativo, el afectado por tal declaración deberá optar, en el plazo de los diez días siguientes a aquél en que reciba la notificación de su incompatibilidad, entre la renuncia a la condición de concejal o diputado o el abandono de la situación que de origen a la referida incompatibilidad.
3.Transcurrido el plazo señalado en el número anterior sin haberse ejercitado la opción se entenderá que el afectado ha renunciado a su puesto de concejal o diputado, debiendo declararse por el Pleno corporativo la vacante correspondiente y poner el hecho en conocimiento de la Administración electoral a los efectos previstos en los artículos 182 y 208 de la Ley Orgánica 5-1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General."
Consecuencia de ello, es que mientras no se declare expresamente por el Pleno municipal, no existe jurídicamente la incompatibilidad (Acuerdo de la Junta Electoral Central de 13 de junio de 1995). Los artículos 178.3 de la LOREG y 10 del ROF señalan que «cuando se produzca una situación de incompatibilidad los afectados deberán optar…». La Junta Electoral Central, en reiteradas Resoluciones (23 de mayo de 1983, 22 de septiembre de 1986, 14 de abril de 1989, 12 de abril de 1991, 16 de febrero de 1995, 22 de enero de 1996…) ha manifestado que la declaración de incompatibilidad con el cargo de Concejal es competencia del Pleno Municipal, a tenor del artículo 10 ROF, y por tanto, no de la Administración Electoral, que únicamente manifiesta su interpretación de la normativa electoral.
Por último, en cuanto a la sesión plenaria en que debe declararse en su caso, la incompatibilidad, es aceptado de forma mayoritaria por la doctrina que no caben actuaciones automáticas e inminentes respecto a la declaración de incompatibilidad, pues debe garantizarse el derecho constitucional a la audiencia del interesado (artículo 105 c) de la Constitución. Por tanto corresponderá al Pleno del Ayuntamiento conforme al citado artículo 10 del ROF declarar, en su caso, dicha incompatibilidad en cualquier sesión posterior a la de la concurrencia del supuesto de incompatibilidad, en los términos del meritado artículo 10.
En CONCLUSION, consideramos que en el supuesto que se somete a consideración e informe, de producirse la selección de la persona que ocupa el cargo de concejal, para

ocupar el puesto convocado con cargo al Decreto 153/2010, sobrevendría al mismo causa de incompatibilidad, que tendría que dilucidarse conforme a la normativa reseñada, pues en nuestra opinión, la condición de concejal es incompatible con la condición de personal activo del Ayuntamiento, sea como funcionario sea como personal laboral, y este aunque el contrato laboral, lo sea temporal, indefinido, a tiempo completo o parcial

Por lo demás, consideramos que es el momento adecuado, para cuando se estudie el nuevo Pacto Local y a su través, se de nueva configuración al Estatuto de los Miembros de las Corporaciones Locales, el que los políticos de los pequeños municipios planteen, a través de sus partícipados o de las asociaciones de municipios a las que pertenezcan, el problema que se les plantea y la discriminación que sufren sus vecinos para ser Concejales por el hecho de ser trabajadores desempleados, pequeños comerciantes y profesionales y el Ayuntamiento un potencial (tal vez el mayor) empleador a través de los programas sociales o consumidor o usuario en establecimientos comerciales y de servicios de especialistas de diferentes oficios.

Badajoz, octubre de 2011

Posibles compatibilidades de las retribuciones de los miembros corporativos con las pensiones por jubilación

ANTECEDENTES DE HECHO

Escrito del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XX, por el que solicita informe, en relación con el asunto epigrafiado en el encabezamiento, refiriendo el percibo de pensión de jubilación y retribución por el Ayuntamiento con carácter de parcial al 25 % de jornada.

FONDO DEL ASUNTO

La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local -LRBRL-, en su artículo. 75 determina que:

"1. Los miembros de las Corporaciones locales percibirán retribuciones por el ejercicio de sus cargos cuando los desempeñen con dedicación exclusiva, en cuyo caso serán dados de alta en el Régimen general de la Seguridad Social, asumiendo las Corporaciones el pago de las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo anterior.

2. Los miembros de las Corporaciones locales que desempeñen sus cargos con dedicación parcial por realizar funciones de presidencia, vicepresidencia u ostentar delegaciones, o desarrollar responsabilidades que así lo requieran, percibirán retribuciones por el tiempo de dedicación efectiva a las mismas, en cuyo caso serán igualmente dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social en tal concepto, asumiendo las Corporaciones las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo anterior."

Por tanto, solo los miembros que desempeñen cargos para los que el Pleno haya determinado un régimen de dedicación exclusiva o parcial, tendrán derecho a percibir retribuciones. En este sentido, y considerando que al cargo de Alcalde-Presidente se le ha atribuido la dedicación parcial, la circunstancia en materia de previsión social no condiciona la regularidad de la aprobación de dicho régimen retributivo.

Lo que sí determinará es la cesación en su derecho a la percepción de la pensión contributiva correspondiente, conforme determina el artículo. 165 del RDLeg 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social -TRLGSS- que, al regular el régimen de incompatibilidades de la pensión de jubilación, señala que el disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será incompatible con el trabajo del pensionista, y con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público delimitado en el segundo

párrafo del apartado 1 del artículo. 1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, concluyendo que la percepción de la pensión quedará en suspenso por el tiempo que dure el desempeño de dicho puesto, sin que ello afecte a sus revalorizaciones.

Si bien el desempeño de un cargo no supone el ejercicio de un puesto de trabajo, la remisión al segundo párrafo del apartado 1 del artículo. 1 de la Ley 53/1984, al incluir a los miembros electivos de las Corporaciones Locales, obliga a concluir la incompatibilidad de la retribución con la percepción de pensión de jubilación. Dicho párrafo señala que: "A los solos efectos de esta ley se considerará actividad en el sector público la desarrollada por los miembros electivos de las (...) Corporaciones Locales".

Esta interpretación ha sido también avalada por la jurisprudencia en la materia y, en este sentido, debemos citar la Sentencia del TSJ C. Valenciana de 12 de julio de 2005 que, reiterando lo indicado en otra precedente, la Sentencia de 1 de marzo de 2002, señala que:

"La norma es precisa en la medida en que, sólo podrán percibir un sueldo por el ejercicio de estos cargos aquellos miembros de las corporaciones locales que desempeñen su actividad con dedicación exclusiva. Si no existe dedicación exclusiva, no puede articularse sueldo alguno (...) Resta por añadir que, la exclusividad substancialmente implica incompatibilidad retributiva, según se desprende de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, EDL 1984/9673, o lo que es lo mismo, la imposibilidad de percibir más de una retribución con cargo a los Presupuestos de las Administraciones Públicas y de los Organismos, Empresas y Entes de ellas dependientes, incluidas las pensiones de jubilación o retiro por Derechos pasivos o por cualquier Régimen de la Seguridad Social (artículo 3º)".

Igualmente, la Sentencia del TSJ Castilla-La Mancha de 17 de marzo de 2003, en su FJ 3º señala que:

"En lo referente al primer motivo de impugnación de los que antes mencionábamos, el artículo. 141 de la Ley General de la Seguridad Social prevé la compatibilidad entre el percibo de prestaciones como la derivada de la incapacidad permanente total que afectaba al Sr., con el salario que pudiera percibir el trabajador por el trabajo que pudiera desempeñar; y cuando el artículo. 3.2 de la Ley 53/84, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, establece que el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público, como -entre otros- miembro electivo de una Corporación Local, es incompatible con la percepción de pensión de jubilación o retiro".

Por tanto, ha de concluirse que la pensión por jubilación es incompatible con la percepción de retribuciones por un miembro de la Corporación local, incluido claro es el Alcalde, pero, en todo caso, si se ha aprobado el ejercicio del cargo en régimen de dedicación, habrá de satisfacer las correspondientes retribuciones.

A la misma conclusión ha de llegarse a la vista de lo previsto en el artículo. 3.2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, al determinar que el desempeño de un puesto de trabajo

en el sector público delimitado en el párrafo 2º apartado 1 artículo. 1 de dicha Ley (que incluye a los miembros electivos de las de las Corporaciones Locales) es incompatible con la percepción de pensión de jubilación, quedando en suspenso la percepción de la pensión por el tiempo que dure el desempeño de dicho puesto, sin que ello afecte a sus actualizaciones.

En cuanto al régimen de dedicación a tiempo parcial, debemos estar a lo previsto en el artículo. 165.1 TRLGSS, que establece que las personas que accedan a la jubilación podrán compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan. Durante dicha situación, se minorará el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable.

En cuanto a su desarrollo reglamentario, debemos citar el RD 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible , cuyo artículo. 5 y ss regulan la jubilación flexible.

Dicho régimen tiene por objeto compatibilizar, una vez causada, la pensión de jubilación con un trabajo a tiempo parcial.

Badajoz, noviembre de 2011

Los representantes del Alcalde en las Pedanías pueden cobrar cantidades fijas, periódicas y mensuales por su cargo.

ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha XX octubre de 2011, tiene entrada en la Oficialía Mayor escrito del Ayuntamiento del Ayuntamiento de XXX, mediante el que se solicita informe sobre "... si los representantes del Alcalde en las Pedanías pueden cobrar cantidades fijas, periódicas y mensuales por su cargo."

FONDO DEL ASUNTO.

1º. Una de las manifestaciones de la potestad de autoorganización que el artículo 4.1 de la LBRL reconoce a favor de los municipios en su calidad de Administraciones públicas de carácter territorial, es precisamente la posibilidad que los artículos 20 del TRRL y 122 del ROF reconoce al Alcalde para nombrar un representante en cada uno de los poblados separados del casco urbano. Del contenido del citado precepto, se extraen los requisitos y características siguientes:

El nombramiento es potestativo, pudiendo designar un representante personal por poblado, que podrá remover cuando lo estime oportuno, debiendo aplicarse lo que al respecto determine el reglamento orgánico de la Corporación.

El poblado no debe estar constituido en entidad local, porque en tal caso siguen un régimen distinto, regulado por la Ley 17/2010, de 22 de diciembre, de mancomunidades y entidades locales menores de Extremadura.

Tiene que ser vecino residente en el poblado.

La duración del cargo está sujeta a la del mandato del Alcalde que lo nombró.

Tiene el carácter de autoridad en el cumplimiento de sus cometidos municipales.

2º. Expuesto el régimen de la figura del representante personal del Alcalde, la cuestión planteada por el Ayuntamiento está en determinar la posibilidad de que puedan cobrar cantidades fijas, periódicas y mensuales por el desempeño de su cargo y las posibilidades pueden ser diversas.

En primer lugar, del contenido de lo expuesto en cuanto a los requisitos y características del cargo, se extrae la conclusión de que el representante que eventualmente pueda designar el Alcalde puede ser a su vez un miembro de la Corporación. En principio no hay nada que lo impida, si bien tendrá que cumplir necesariamente la condición de ser vecino residente en el poblado. Si se diera tal

circunstancia podría percibir sus retribuciones con arreglo al régimen retributivo propio de los miembros de la Corporación regulado en el artículo 75 de la LBRL y 13 del ROF. Las retribuciones podrán establecerse en régimen de dedicación exclusiva o de dedicación parcial por el tiempo de dedicación efectiva a las responsabilidades que le hayan sido encomendadas. Su establecimiento se llevará acabo mediante el siguiente procedimiento: a), el Alcalde-Presidente debe determinar previamente que realizará sus funciones en régimen de dedicación exclusiva o parcial; b), adopción del correspondiente acuerdo del Ayuntamiento Pleno, para lo que bastará el quórum de mayoría simple, que determinará el importe de la retribución en función del régimen establecido; y c), publicación del acuerdo en el Boletín Oficial de la Provincia y tablón de anuncios del Ayuntamiento. Requiriendo además la correspondiente consignación presupuestaria.

Si el representante designado no tiene a su vez la condición de miembro de la Corporación, el régimen expuesto en modo alguno sería de aplicación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el cargo en cuestión, "representante personal del Alcalde", lleva aparejada una indudable relación de confianza del quien lo nombra hacia el nombrado. En el ámbito de esa relación de confianza, nada impediría asignar el régimen propio del personal eventual que desempeña puestos de confianza, previsto en los artículos 12 del EBEP y 89 de la LBRL; . Para ello, conforme a los artículos 90.1 y 126.1 de la LBRL y del TRRL, respectivamente, debe integrarse el correspondiente puesto en la plantilla, que debe aprobarse junto con el presupuesto general; si el presupuesto ya estuviera aprobado y la plantilla no previera el puesto, procederá su modificación, para lo que se seguirá, en aplicación del apartado 3 del artículo 126 del TRRL, el mismo procedimiento que para la modificación presupuestaria. El procedimiento para su establecimiento está regulado en los artículos 104 del la LBRL y 176 del TRRL, debiendo determinar el Pleno de la Corporación los puestos y sus características y retribuciones, con cargo a los créditos presupuestarios consignados para tal fin, correspondiendo al Alcalde su nombramiento y cese, debiendo publicarse en el Boletín Oficial de la Provincia su nombramiento y su régimen retributivo y su dedicación. Por lo demás, le será aplicable el régimen general de los funcionarios de carrera, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, según determina el artículo 12.5 del EBEP.

Este es el informe de la Oficialía Mayor (Asistencia y Asesoramiento Jurídico Local), en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para el Ayuntamiento de XXX, que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente, resolverá lo pertinente.

En Badajoz, octubre de 2011.

Entidad responsable del pago de los trienios del Sr. Alcalde, funcionario de habilitación estatal en situación de servicios especiales.

ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha XX junio de 2011, tiene entrada en la Oficialía Mayor escrito del Ayuntamiento de XX, mediante el que se solicita informe sobre la entidad responsable del pago de los trienios del Sr. Alcalde, funcionario de habilitación estatal en situación de servicios especiales.

FONDO DEL ASUNTO.

1º. El artículo 2.1 del EBEP, al regular su ámbito de aplicación, dispone que "... se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral ..." de las Administraciones de las Entidades Locales, para establecer a continuación, en el artículo 3.1 que "El personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local." Estos preceptos, junto con la Disposición Final Primera, que confiere carácter básico a todo el articulado, y la Disposición Final Cuarta, "Entrada en vigor", que estable que "3. Hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto.", permiten completar el sistema de fuentes de nuestras Administraciones en materia de sus empleados públicos, del que resulta el siguiente orden:

- Estatuto Básico del Empleado Público.
- Legislación de función pública de la Comunidades Autónomas con competencias en materia de régimen local.
- Legislación de régimen local (LBRL y TRRL), que continuará vigente en todo lo que no se opongan a las anteriores.

Por lo que atañe al asunto objeto de este informe, conviene hacer una última precisión, que coincide con el sistema de fuentes antes expuesto, por la previsión recogida en el apartado 2 del artículo 140 del TRRL, que determina que las situaciones administrativas reconocidas en su apartado 1 (entre las que incluye la de servicios especiales en la letra d) "… se regularán por la normativa básica estatal y por la

legislación de función publica de la respectiva comunidad autónoma y supletoriamente por la legislación de los funcionarios de la Administración del Estado, teniéndose en cuenta las peculiaridades del Régimen Local."

2º. La situación administrativa de servicios especiales está recogida en el artículo 85.1.b) del EBEP, norma que la regula en el artículo 87, determinando en el apartado 1 que "Los funcionarios de carrera serán declarados en situación de servicios especiales: … f) Cuando se desempeñen cargos electivos retribuidos y de dedicación exclusiva en las Asambleas de las Ciudades de Ceuta y Melilla y en las Entidades Locales, …" De manera que el funcionario de carrera que desempeñe un cargo electivo en las Entidades Locales, el Alcalde lo es, siempre que sean retribuidos con el régimen de dedicación exclusiva al que se refiere en el artículo 75.1 de la LBRL, darán lugar a que sea declarado en situación de servicios especiales. Tal declaración, en el caso de los funcionarios con habilitación estatal, conforme a lo dispuesto en el artículo 47.2 del Real Decreto 1174/1987, corresponde en la actualidad al Ministerio de Política Territorial y Administración Pública.

3º. Cumplidos los requisitos (como se ha dicho, ser funcionario de carrera y, en nuestro caso concreto, miembro electivo de una Entidad Local retribuido por el régimen de dedicación exclusiva) y declarada la situación de servicios especiales por el órgano que corresponda, comenzará a desplegar los efectos que le son propios, que será inmediatos o diferidos en el tiempo. Como efectos inmediatos, el apartado 2 del artículo 87 del EBEP prevé que "… percibirán las retribuciones del puesto o cargo que desempeñen …" (en este caso las determinadas para el cargo de Alcalde), añadiendo inmediatamente "… y no las que les correspondan como funcionarios de carrera, sin perjuicio del derecho a percibir los trienios que tengan reconocidos en cada momento.", y en términos prácticamente idénticos se regula en la legislación autonómica (artículo 41.3 del TRLFPEX). Sin embargo, el RFCAGE introduce ciertos matices que pueden resultar de interés para el caso que nos ocupa; efectivamente, el artículo 8, que es precepto que regula los efectos de la situación de servicios especiales, dispone en su apartado 1 que "... Excepcionalmente, y cuando las retribuciones por los trienios que tuviesen reconocidos no pudieran, por causa legal, ser percibidas con cargo a los correspondientes presupuestos, deberán ser retribuidos en tal concepto por el Departamento en el que desempeñaban su último puesto de trabajo en situación de servicio activo. Asimismo, de darse estas circunstancias, respecto al abono de la cuota de Seguridad Social, deberá ser efectuado dicho abono por el referido Departamento." Con lo cual la regla general es que los trienios deben ser abonados por la administración en la que se desempeña el cargo electivo retribuido con el régimen de dedicación exclusiva. La excepción se producirá cuando, como expresamente exige la norma, haya causa legal que lo impida. La cuestión ha sido analizada en un supuesto similar para el que nos ocupa por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su Sentencia nº 345, de 24 de marzo de 2010, que desestima el recurso de la reclamante, Alcaldesa con el régimen de dedicación exclusiva, "... contra la resolución dictada por el Delegado provincial de la Consellería de Educación e Ordenación universitaria en Ourense, de fecha 22 de enero de 2008, que acordaba

dar de baja a la recurrente con fecha 31 de enero de 2008 en la nómina de aquella delegación, como perceptora de la cantidad de 446,67 por el concepto de antigüedad; ...” (conclusión a la que llega en un caso parecido el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en Sentencia nº 56, de 4 de febrero de 2008), cuyo fundamento de derecho tercero recoge la siguiente doctrina:

“Pues bien, la normativa antes expuesta, estatal y autonómica, no puede ser más clara en cuanto al desplazamiento que se produce a nivel retributivo en el caso de los funcionarios que han sido declarados en situación de servicios especiales, pues no sólo pasarán a percibir las retribuciones del puesto o cargo efectivo que desempeñen a cargo de la Administración o entidad en la que prestan esos servicios especiales, sino que además las retribuciones por trienios que tuviesen reconocidas deberán ser abonadas por la misma Administración o entidad en la que los desempeñan. Sólo excepcionalmente, en palabras del Decreto 92/91, "cuando las retribuciones no pudiesen ser percibidos con cargo a los correspondientes presupuestos", serán retribuidos en tal concepto por la Consellería en la que figuraban adscritos en la situación de servicio activo.

El texto de la norma reglamentaria autonómica no parece tan restrictivo como el del Reglamento estatal, en la redacción vigente, pues la aplicación de la excepción que se recoge en la norma autonómica no queda sujeta a la existencia de un impedimento legal. Sin embargo el abono de los trienios por parte del órgano en el que el funcionario estaba adscrito en la situación de servicio activo, no deja de contemplarse como excepcional, de suerte que la norma general es que esos trienios sean abonados con cargo a los presupuestos de la Administración en la que se desempeña el cargo efectivo, esto es, en la que se desempeñan los servicios especiales.

En este caso no consta impedimento alguno para que los trienios devengados por la actora puedan ser abonados por el Concello en el que desempeña el cargo de Alcaldesa-Presidenta, en régimen de dedicación exclusiva. No puede considerarse como impedimento el hecho de que esta retribución no esté contemplada en los presupuestos municipales pues dicha circunstancia obedece a la única voluntad del Concello. Tal circunstancia no es identificable con la situación excepcional que permite el Decreto 92/91, el cual está pensando, realmente, en supuestos de imposibilidad legal, como posteriormente la norma reglamentaria estatal vino a recoger de forma expresa. Y así, tal como se razona en el acto impugnado, los supuestos excepcionales en los que los trienios seguirán siendo abonados por el órgano en el que funcionario figuraba adscrito en la situación de servicio activo, quedan limitados a los siguientes: El de los diputados y senadores de las Cortes Generales, ya que no pueden percibir por las Cámaras otras cantidades distintas de las consignadas en los presupuestos de aquéllas (artículo 71.4 de la CE); los miembros del Parlamento de Galicia o de las asambleas legislativas de otras Comunidades autónomas, si perciben retribuciones periódicas por el desarrollo de su función; y el de la misión en organismos internacionales, gobiernos o entidades públicas extranjeras o en Programas de cooperación internacional.

Este el criterio adoptado por la Comisión Superior de personal de la Administración General del Estado en sesión de 25 de abril de 1985, que es objeto de cita en la contestación dada por la Subdirección General de Administración Local del Ministerio de Administraciones Públicas de 23 de octubre de 2003 a la consulta formulada por la Dirección Xeral de Función Publica de la Consellería de Presidencia. La Subdirección General de Administración Local informó que con arreglo al criterio de la Comisión Superior de personal de la Administración General, sólo se pueden entender como supuestos en los que los trienios deben ser abonados por el departamento o el organismo en el que el funcionario se encontraba prestando servicios al ser declarado en situación de servicios especiales, el de los funcionarios de servicios especiales en un organismo internacional, y el de los funcionarios en situación de servicios especiales como consecuencia de haber sido elegidos diputados o senadores de las Cortes Generales ya que por precepto constitucional no pueden percibir de las cámaras otra cantidad que la consignada en los presupuestos de las mismas; supuestos excepcionales entre los que no se encuentran las Corporaciones locales.

El artículo 75.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local establece que los miembros de las Corporaciones locales percibirán retribuciones por el ejercicio de sus cargos cuando los desempeñen con dedicación exclusiva, en cuyo caso serán dados de alta en el Régimen general de la Seguridad social, asumiendo las Corporaciones el pago de las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo anterior.

Nada se dice en este artículo que dentro de esas retribuciones no pueda comprenderse la correspondiente a los trienios devengados por el funcionario. Pero es que además es otra norma (el Decreto autonómico 92/1991) la que obliga a que sea, en este caso la Corporación local en la que la actora presta sus servicios en dedicación exclusiva, la que se haga cargo del abono de esas retribuciones. No se puede considerar como causa que permita eludir el cumplimiento de esa norma el dato puramente formal de que esas retribuciones no se contemplen en los presupuesto del Concello, pues si bien es evidente que su inclusión en los presupuestos municipales repercute económicamente en la hacienda local, no por ello se podrá eludir el cumplimiento de la norma, como queda dicho, pues además como ya se razona en el acuerdo impugnado, con cita a su vez del informe emitido por la Asesoría Xurídica de la Xunta de Galicia, los créditos de personal son siempre ampliables, y conforme a lo dispuesto en el artículo 176.2 a) 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, los atrasos en gastos del personal podrán ser imputados al presupuesto vigente. Y, por tanto, de la misma manera que el Concello de Sandiás abona a la actora las cuotas de la Seguridad social, extremo que nadie discute, pues así resulta obligada a ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75.1 de la LBRL , también deberá abonarle las retribuciones en concepto de trienios. Sólo de esta forma se cumplen las previsiones contenidas en la normativa legal y reglamentaria hasta hora expuesta."

De la doctrina transcrita se extraen las siguientes conclusiones:

La regla general es que el abono por los trienios sea hecho efectivo por la Administración en la que se ostentan el cargo electivo retribuido con dedicación exclusiva.
El artículo 75 de la LBRL no impide el abono de los trienios al cargo electo con dedicación exclusiva.
Excepcionalmente, procederá el abono de los trienios por la Administración de la que procede el funcionario, cuando hubiera causa legal que impida a la Administración en la que se ocupa el cargo, limitada a los supuestos de funcionarios de servicios especiales en un organismo internacional y a los elegidos diputados o senadores, supuestos entre los que no se encuentran las Corporaciones locales.
La falta de consignación presupuestaria tampoco puede considerarse como impedimento para hacer frente al abono de los trienios.

4º. Por cuanto se ha expuesto, este funcionario, considera que siendo el Sr. Alcalde, Funcionario con Habilitación Estatal debe dirigirse, si no aun no lo hubiera hecho, al Ministerio de Política Territorial y Administración Pública e instar la pertinente declaración de encontrarse en la situación de servicios especiales y, obtenida ésta, solicitar ante el Ayuntamiento del que es Alcalde los derechos que le corresponden en tal situación, entre ellos, el correspondiente al devengo de la retribución por los trienios que tenga reconocidos hasta el momento, para lo que deberá aportar las correspondientes certificaciones de servicios. El órgano competente para resolver será el Ayuntamiento Pleno, conforme a lo dispuesto en el artículo 75.5 de la LBRL.

Badajoz, agosto de 2011.

Celebración de matrimonios civiles por el Alcalde Pedáneo de la Entidad Local Menor.

ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha XX junio de 2011, tiene entrada en la Oficialía Mayor escrito del Ayuntamiento de la Entidad Local Menor de XX, mediante el que se solicita informe sobre la posibilidad de que el Alcalde Pedáneo de la Entidad Local Menor pueda celebrar matrimonios civiles.

FONDO DEL ASUNTO.

1º. La Constitución Española declara en el artículo 32.1 que "… el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica" y proclama los principios de igualdad ante la Ley sin discriminación alguna por razón de religión (artículo 14), de libertad religiosa (artículo 16.1) y de aconfesionalidad del Estado español (apartado 3 del citado artículo 16). En virtud de ello el Estado se reserva la posibilidad de sancionar libremente un determinado sistema matrimonial de acuerdo con el criterio de secularización del matrimonio, disponiendo el artículo 32.2 que "2. La Ley regulará las formas de matrimonio, ...", habiéndose regulado últimamente, por lo que nuestro caso atañe, por medio de la Ley 35/1994, de 23 de diciembre, que modifica en esta materia diversos artículos del Código Civil, para generalizar "… a todos los municipios españoles de un régimen competencial que ya estaba reconocido en favor de los Alcaldes en las poblaciones en que no existía Juez de Primera Instancia Encargado del Registro Civil, aparte de las facultades que se atribuían y atribuyen a aquéllos para autorizar matrimonios en los casos de peligro de muerte." (Instrucción de 26 de enero de 1995 de la Dirección General de los Registros y del Notariado), tal y como recoge la exposición de motivos de la Ley sostiene en los párrafos cuarto y quinto que se reproducen a continuación:

"No obstante, nada obsta a que, si algunos alcaldes de poblaciones con un menor número de habitantes pueden celebrar matrimonios, lo puedan hacer también aquellos alcaldes de municipios con mayor número de habitantes en los que existen Jueces encargados del Registro Civil.

Además, esta extensión a todos los alcaldes de la facultad para autorizar matrimonios civiles refuerza también el principio democrático, al otorgar a un representante popular, conocido normalmente por los vecinos del municipio, la posibilidad de realizar esta función. De notoria relevancia social."

Por lo que interesa a la petición de informe realizada, se suscitan dos cuestiones: de un lado, la posibilidad de celebrar el matrimonio en el propio núcleo de población de

Vivares; y de otro, la posibilidad de que el matrimonio sea autorizado por el Alcalde Pedáneo de la Entidad Local Menor.

2º. En relación con la primera cuestión, no parece que exista inconveniente para que la celebración tenga lugar en el núcleo de la Entidad Local Menor. Efectivamente, del contenido de los artículos 51 y siguientes del CC no se deduce la exigencia de un lugar concreto para la celebración, si bien se advierte que la Instrucción de 26 de enero de 1995 aclara que "…deberá celebrarse en el local del Ayuntamiento debidamente habilitado para este fin." Criterio que también recoge el Ministerio de Justicia en el enlace
http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1200666550200/Tramite_C/1214483957533/Detalle.html que, en la descripción de los trámites para la inscripción del matrimonio, señala respecto al lugar de celebración que "El lugar físico de celebración de la boda ha de ser siempre las oficinas o dependencias del Registro Civil del edificio municipal donde esté ubicado el mismo. O bien las instalaciones municipales destinadas al efecto cuando la boda la oficie el alcalde o concejal.", añadiendo seguidamente que "En ningún caso se podrán celebrar bodas en otros lugares como: restaurantes, fincas, o casas particulares." Por tanto, el matrimonio podrá celebrarse en cualquier lugar que, guardando las debidas condiciones, sea habilitado para ello, no debiendo haber inconveniente para que se habiliten para tal finalidad las dependencias administrativas de la Entidad Local Menor o cualquier otro local de la misma que reúna aquellas condiciones.

3º. Por lo que respecta a la posibilidad de celebración de matrimonio ante el Alcalde Pedáneo, debe señalarse que en principio esa posibilidad no está contemplada legalmente, según se desprende del artículo 51.1 del Código Civil que dispone que "Será competente para autorizar el matrimonio: 1. El Juez encargado del Registro Civil y el Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien éste delegue.", encomendado esa función exclusivamente al Alcalde del municipio, por lo que tendrá que ser éste y no el Alcalde Pedáneo el que lo autorice, ello a salvo de que este último sea a su vez Concejal del municipio y consiga esa delegación, aunque sea puntualmente, conforme a lo dispuesto en los artículos 21.3 de la LBRL y 43, 44 y 45 del ROF. La interpretación se extrae de la literalidad del precepto, que es claro y terminante, y de la exposición de motivos de la Ley 35/1994, cuyo último párrafo señala que "Por todo ello sería conveniente que la legislación ofreciese soluciones a esta situación, introduciendo la posibilidad de que aquéllos que deseen contraer matrimonio civil puedan celebrarlo ante el Juez encargado del Registro Civil o bien ante el correspondiente Alcalde del municipio en donde se celebre el matrimonio."

Por último, aunque el artículo 72.3 de la Ley 17/2010, de 22 de diciembre, de mancomunidades y entidades locales menores de Extremadura, prevé la posibilidad de delegación "in extenso" de toda clase de materias de competencia municipal del Ayuntamiento matriz a favor de sus entidades locales menores dependientes, se puede plantear la duda de si la delegación podría alcanzar también a la celebración y autorización de matrimonios civiles y, en tal caso, instar del Ayuntamiento de Don Benito la competencia material para la celebración de matrimonios civiles a favor de

la Entidad Local Menor, los cuales serían autorizados por el Alcalde Pedáneo. En opinión de este funcionario ese camino sería prácticamente imposible, por cuanto la norma de cobertura es legislación autonómica y no debería ser invocada para resolver un asunto sobre el que el Estado tiene competencia exclusiva, conforme al artículo 149.1.8 de la CE, al no existir en la Comunidad Autónoma (a salvo del Fuero de Baylío) legislación civil foral o especial. No obstante, si el Ayuntamiento matriz y la Entidad Local Menor se muestran interesados en esa posibilidad, se recomienda evacuar consulta respecto de la misma ante la Dirección General de los Registro y del Notariado del Ministerio de Justicia, conforme a lo dispuesto en los artículos 9 de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, y 41 del Reglamento de la Ley del Registro Civil, aprobado por el Decreto de 14 de noviembre de 1958.

Badajoz, septiembre de 2011.

Medidas que se podrían adoptar en relación con las deudas pendientes de los Ayuntamientos integrados

ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por la mancomunidad de referencia, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha XX 2011, tiene entrada en este Servicio escrito de la Mancomunidad de Servicios Sociales, mediante el que se solicita informe sobre "… las medidas a adoptar y defensa judicial para instar la reclamación en caso necesario.", en relación con las aportaciones que deben los Ayuntamientos integrados, así como sobre las obligaciones que contraerían en el supuesto de disolución de la mancomunidad.
- Junto con la solicitud se acompaña una copia completa de los vigentes Estatutos de la Mancomunidad.

FONDO DEL ASUNTO.

1º. Las aportaciones municipales están reguladas en el artículo 154 del TRLRHL, bajo el título de "Recursos de las entidades municipales asociativas.", con el siguiente contenido: "Las mancomunidades y demás entidades municipales asociativas dispondrán, además de los recursos citados en el artículo 151, de las aportaciones de los municipios que integren o formen parte de aquéllas, determinadas de acuerdo con lo establecido en los estatutos de creación respectivos." Atendiendo a esa remisión legal a los Estatutos de la Mancomunidad, que reitera el artículo 150.1 del TRLRHL, recogida también en los artículos 44.2 de la LBRL y 36.5 del TRRL, se prevé en los de la Mancomunidad el establecimiento de aportaciones en el artículo 20.h), en los términos que se transcriben a continuación: "La aportación anual de cada uno de los Municipios Mancomunados, consignada en sus respectivos presupuestos, y fijada en el presupuesto de la propia Mancomunidad de forma proporcional al número de habitantes de cada uno de ellos, con referencia al último Censo de Población, según se establece en convenio suscrito entre la Mancomunidad y la Consejería de Bienestar Social."

Así mismo la reciente LMELM extremeña tras establecer el principio de suficiencia financiera de las Mancomunidades en el artículo 45 ("Las haciendas de las mancomunidades deben disponer de recursos económicos suficientes para la prestación de los servicios que se les asignen.") y de determinar en el artículo 46.1 que "Las mancomunidades contarán para su hacienda con los recursos que les atribuyan sus estatutos y las normas aplicables en cada caso, en el modo y con el alcance en ellos señalado.", se ocupa de las aportaciones municipales incluyéndolas

en el elenco de recursos (que por cierto no es cerrado) del apartado 2 del precepto anterior.

2º. Junto con la posibilidad de exigencia de las aportaciones municipales se prevé en las normas citadas su régimen para garantizarlas y hacerlas efectivas, todo ello atendiendo a las potestades y prerrogativas previstas en los artículos 4.3 de la LBRL y 5, apartados 1 y 3, de la LMELM, que se concretan, para lo que interesa en el asunto objeto de este informe, en "Las prelaciones y preferencias y demás prerrogativas reconocidas a la Hacienda Pública para los créditos de la misma, sin perjuicio de las que correspondan a las Haciendas del Estado y de las comunidades autónomas; ..." (artículos 4.1.h) de la LBRL y 5.1.i) de la LMELM).

Por lo que respecta a los medios garantía, aparecen regulados en los apartados 1 y 2 del artículo 50 de la LMELM, que se reproducen a continuación:

1. Los municipios y entidades locales menores mancomunadas consignarán en sus presupuestos las cantidades precisas para atender los compromisos asumidos con las mancomunidades a las que pertenezcan.

2. Las aportaciones económicas de los municipios y entidades locales menores incorporados a cada mancomunidad se realizarán en la forma y plazos que estatutariamente se determinen. En cualquier caso, tales aportaciones tendrán a todos los efectos la consideración de pagos obligatorios y de carácter preferente."

Como se ha visto, los Estatutos, aunque anteriores a la norma transcrita, prevén garantías similares en el transcrito apartado h) del artículo 20, que se refuerzan por la previsión del artículo 21: "Los municipios mancomunados, a la aprobación de estos Estatutos, adquieren el compromiso de aportar las cantidades asignadas de acuerdo con el artículo 20.h) ..."

En cuanto a los medios para hacer efectivas las aportaciones en régimen ordinario o "voluntario", en virtud del transcrito apartado 2 del artículo 50 de la LMELM, será el establecido en los Estatutos. Sin embargo, no lo prevén, por lo que habrá que estar al último inciso del referido apartado, con lo que las aportaciones tendrán para los Ayuntamientos la consideración de pagos obligatorios de carácter preferente. De no atenderse el pago de las aportaciones en período ordinario "... la mancomunidad ostentará las prerrogativas establecidas legalmente para la hacienda del Estado, y actuará, en su caso, conforme a los procedimientos administrativos correspondientes." (apartado 3 del artículo 50 de la LMELM), tales prerrogativas las concreta el apartado 4 del mismo precepto: "4. Las aportaciones a la mancomunidad vencidas, líquidas y exigibles podrán ser objeto de retención, una vez transcurrido el plazo de pago previsto en los estatutos y previa solicitud de la propia mancomunidad y audiencia al municipio o entidad local menor afectados, respecto de las que tengan pendientes de percibir de la Comunidad Autónoma de Extremadura o de las Diputaciones Provinciales."

El procedimiento previsto en el artículo 21 de los Estatutos difiere sustancialmente del indicado en la norma autonómica en que este procedimiento "de apremio" se hace extensivo a la Administración del Estado (Central se denomina en el cuerpo estatutario). Por lo demás, exige un acuerdo de la Asamblea General.

De la conjunción de ambos preceptos, se considera que debe seguirse el siguiente procedimiento: 1º, expedición de la correspondiente certificación de descubierto, con indicación de los municipios y entidades deudores, los conceptos y la cuantía por cada uno de ellos y cualquier otro antecedente de interés ; 2º, acuerdo de la Asamblea General de apertura del procedimiento; 3º, audiencia del municipio o entidad afectados; y 4º, solicitud de retención del Presidente de la Mancomunidad dirigida a los órganos correspondientes de las distintas Administraciones.

3º. Por lo que respecta al régimen de disolución de la Mancomunidad y su posterior liquidación se estará, en primer lugar, a lo dispuesto en el artículo 66 de la LMELM: "Las mancomunidades deberán disolverse cuando concurran las causas previstas en sus estatutos y cuando voluntariamente lo acuerden sus miembros de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo siguiente." La disolución, como es natural, procederá cuando así lo decidan sus miembros, ya que voluntaria fue su creación; además, en los supuestos previstos en los Estatutos, lo que hace el artículo 30 añadiendo a la disolución voluntaria la legal "a) Que por Disposición normativa de rango superior a estos estatutos se imponga la disolución de la Mancomunidad, ..."

En cuanto al procedimiento, viene establecido en el artículo 67 de la LMELM. Interesa aquí destacar todo aquello que tenga alguna incidencia en el ulterior proceso de liquidación que, en su caso, se produciría. El aparatado 4, exige que el acuerdo de disolución sea ratificado por los Ayuntamientos y Entidades Locales Menores, abriendo con ello el procedimiento de liquidación, y el apartado 5, afianza el procedimiento de liquidación al establecer que "... la mancomunidad mantendrá su personalidad jurídica en tanto no sean adoptados los acuerdos de liquidación y distribución de su patrimonio por los órganos competentes." Por su parte, los Estatutos, en los dos últimos párrafos del artículo 30, establecen el criterio de reparto de los bienes de la Mancomunidad en proporción a sus respectivas aportaciones y exige la concreción expresa "... de los fines, obras o servicios, instalaciones, etc. cuya consecución esté pendiente de ejecución o tramitación, habilitando, en su caso, los mecanismos precisos para su clarificación jurídica, política y financiera.", con lo que está estableciendo la necesidad de atender a la totalidad de las obligaciones pendientes. Por último, el artículo 68 de la LMELM establece las exigencias de comunicación y publicidad de la disolución de la Mancomunidad, para garantizar la transparencia del procedimiento.

De lo expuesto, cabe concluir, que el proceso de disolución de la Mancomunidad, abre la liquidación de la misma, en la que deben evidenciarse la totalidad de sus derechos y obligaciones. Determinados unos y otras deber procederse a su saldo y liquidación, repartiendo los bienes en proporción a sus aportaciones, criterio que será así mismo el procedente para el reparto de las obligaciones de las que no obstante, responderán mancomunadamente los Ayuntamientos y Entidades integrados.

Badajoz, febrero de 2011.

Requerimiento de anulación de la OEP por la Junta de Extremadura

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha XX .02.11 con registro de entrada en Diputación el XX . 02.11y entrada en nuestro servicio el 10.02.11, el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XX, solicita informe en relación con el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente:

"Se ha publicado la Oferta de Empleo Público y se ha impugnado por la Junta de Extremadura. Se adjunta copia del escrito de la impugnación y la Oferta de Empleo Público. Actualmente existen cinco auxiliares administrativos y ningún administrativo."

FONDO DEL ASUNTO:

Tras un estudio en profundidad de las consideraciones jurídicas que aparecen en el requerimiento efectuado por la Junta de Extremadura para que desde el Ayuntamiento se anule la Oferta de Empleo Público, por el Servicio de Asesoramiento y Asistencia Jurídica, Económica y Contable a las EELL-Oficialía Mayor , hemos de manifestar lo siguiente:

PRIMERO .-

La cuestión que debemos dilucidar en el informe es si a día de hoy existe límite de reserva de plazas para promoción interna en la selección de funcionarios de la Admón Local (en el presente, del Subgrupo C2 al C1), y en su caso, si desaparecido éste, el hecho de prever en una OEP todas las plazas de funcionario por promoción interna, puede ir en contra de los estipulado en nuestra Carta Magna y del resto del ordenamiento jurídico.

SEGUNDO.-

La legislación local sobre funcionarios locales continuamente hace remisiones a la estatal básica, con lo cual nos está diciendo cual es el régimen jurídico aplicable en asuntos concretos. Ejemplo de ello son:

-Artículo. 90.2 párr. 2º LBRL: "Corresponde al Estado establecer las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse las relaciones de puestos de trabajo, la descripción de puestos de trabajo tipo y las condiciones requeridas para su creación, así como las normas básicas de la carrera administrativa , especialmente por lo que se refiere a la promoción de los funcionarios a niveles y grupos superiores .

Debemos tener en cuanta que el Artículo. 22.1 Ley 30/84 es básico para todas las AAPP, como más adelante veremos.

-El Artículo. 128 TRRL: “Las Corporaciones Locales aprobarán y publicarán anualmente, dentro del plazo de un mes desde la aprobación de su Presupuesto, la oferta de empleo público para el año correspondiente, ajuntándose a la legislación básica del Estado sobre función pública y a los criterios que reglamentariamente se establezcan en desarrollo de la normativa básica estatal.....

-El Artículo. 129 TRRL: “Corresponde al Gobierno, a propuesta del Ministro de Administración Territorial: c) establecer las normas básicas específicas de la carrera administrativa, especialmente en cuanto se refiere a la promoción y movilidad;
-El Artículo 133 TRRL: “El procedimiento de selección de los funcionarios de las Administración local se ajustará a la legislación básica del Estado sobre función pública”.
Pero por otro lado, la Disp. Final Séptima TRRL dice: “En las materias reguladas por los títulos VI y VII se inferirá el carácter básico de sus preceptos según disponga la legislación estatal vigente en aquéllas. En todo caso tendrá carácter básico los Artículo. 151.a), 167 y 169.
Esto último provoca gran confusión, por lo que diremos a continuación
En efecto, de todo lo anterior, poniendo en relación este articulado con los susodichos Artículos. 134.1 y 169.2 b) TRRL y el Artículo. 22 Ley 30/84 LMRFP, de la STS de 3 de febrero de 1997 resulta lo siguiente:
“Sexto...
13º) Artículo. 169.2b) que establece una reserva del 50% de los puestos de trabajo existentes para la promoción interna en la Subescala Administrativa, en favor de los funcionarios de la Subescala de Auxiliares de la Administración General, que posean la titulación indicada, y cuenten con cinco años de servicios en la Subescala.
Se indica que este artículo, al establecer porcentajes rígidos para la promoción interna, resucita una disposición que DEBE ENTENDERSE DEROGADA POR LA LEY 30/1984 y que resulta contradictoria con el Artículo. 134 del propio TR.
En relación con el primer punto, baste decir que la legislación estatal es supletoria -salvo en los casos en que la local se remite a ella expresamente, como en alguno de los supuestos vistos con anterioridad- de la local, por lo que en lo previsto en ésta su prevalencia resulta del Artículo. 1 de aquella Ley. El segundo punto ha sido tratado en sentido desestimatorio por la Sentencia de esta Sala de 19 de diciembre 1990, al señalar que de existir esa contradicción podría resolverse por técnicas distintas de la anulación judicial, como la distinción norma general y norma especial, y en cualquier caso no supone extralimitación alguna de de la norma habilitante. Argumentos que aquí reproducimos.
Además la STC de 11 de junio de 1987 establece, entre otras cuestiones, lo siguiente en relación al ámbito de aplicación del Artículo. 1.3 Ley 30/84 LMRFP.
“b) En segundo lugar, el argumento de que el artículo. 1.3 de la Ley no puede contener normas básicas respecto de las Entidades locales o Función Pública local tampoco es viable, pues las competencias exclusivas reconocidas al Estado por el artículo. 149.1.18 para normar lo básico se refiere a todo el ordenamiento

institucional, «a todas las Administraciones Públicas» (SSTC 25/1983, de 7 de abril, fundamento jurídico 4.°, y 76/1983, de 5 de agosto, fundamento jurídico 38). No se trata, de un lado, de una Ley de Bases del Régimen Local la que aquí se impugna; y de otro es claro que el desarrollo, en su caso, de las normas básicas que se establecen, puede competir a la Comunidad Autónoma respectiva en el ámbito que le corresponda.

Todo lo anterior refuerza lo manifestado más arriba en relación al Artículo. 22.1 Ley 30/84 en el sentido de ser básico para todas las AAPP, vistas las remisiones que se hacen desde la legislación local ,así como, vistas las Sentencias anteriores.
Por tanto, como decíamos, esa remisión que desde la legislación local se hace a la Estatal hay que entenderla referida también a las cuestiones de promoción interna, es decir, al Artículo. 22.1 Ley 30/84 LMRFP, siendo este de aplicación.
TERCERO.-
Si bien es cierto que lo referido en el EBEP (Disp. Final Cuarta) sobre promoción interna es de aplicación diferida , no es menos cierto que la derogación que hace dicho Estatuto del Artículo. 22,1 Ley 30/84, es una derogación también de aplicación diferida en el tiempo, estando en vigor al día de hoy. Por ello debemos traer a la memoria que es legislación básica estatal, aplicable a todas las AAPP, por un lado el EBEP en aquello que sea de aplicación directa ahora; por otro la Ley 30/84 en aquellos preceptos aún aplicables en estos momentos, como el susodicho Artículo. 22.1 Ley 30/84 LMRFP. Y estas legislaciones básicas estatales no se pueden desconocer por la legislación local. Cabe recordar además lo manifestado antes respecto a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1987
CUARTO.-
Entendemos que la selección de los funcionarios locales comienza, no ya eligiendo el sistema selectivo del Artículo. 61.6 del EBEP, sino también señalando la forma de acceso: bien el turno libre o la promoción interna (que sería un turno restringido), porque de alguna manera se está condicionando de antemano quien puede participar en ese futuro proceso selectivo.
Como hemos dicho más arriba, la desaparición de la reserva de plazas del 50% para promoción interna que establece el Artículo. 22.1 Ley 30/84 (operada por ley 23/88) quitó ese límite anterior. No cabe duda que el presente Artículo. es básico del régimen estatutario de los funcionarios públicos, dictado al amparo del Artículo. 149.1.18ª de nuestra Ley de Leyes, y en consecuencia aplicable al personal de todas las Administraciones Públicas. Así de taxativo es el Artículo. 1.3 de la Ley 30/84. Debemos nuevamente remitirnos al extracto de la STC de 11 de junio de 1987, más arriba señalada.
Lo que cabe pensar en un posible “lapsus del legislador” al mantener el límite del 50% del Artículo 134 (potestativo) y 169.1b) (preceptivo, del TRRL, modificado éste último por Ley 53/2002) . “Odiosa sunt restringenda, et favorabilia sunt amplianda”(Lo que es desfavorable se debe restringir, lo que es favorable se debe ampliar)

Nuestra jurisprudencia entiende corregido el Artículo. 134 TRRL por el 22.1 Ley 30/84 en Sentencias del Tribunal Supremo de 20 enero de 1992 y 19 de noviembre de 1992. pero es nuevamente la Ley 53/2002 quien en su Artículo. 60 , modifica la Disposición Final Séptima del TRRL, en el sentido de que en todo caso tendrán el carácter de básico los Artículos. 167 y 169con lo que ,como decíamos, provoca gran confusión. Por ello la cuestión debe aclararse en el sentido del presente informe, con el refuerzo de la jurisprudencia señalada, tanto del Tribunal Supremo, como del Tribunal Constitucional.

QUINTO.-

Además, al hablar de promoción interna del Subgrupo C2 al C1 es aplicable la Disp. Adicional Vigésimo Segunda de la Ley 30/84-no derogada por el EBEP- en relación con el Artículo. 25 de la Ley 30/84 . Dice textualmente el último párrafo de esta Disposición que: "La presente disposición tiene el carácter de base del régimen estatutario de los funcionarios públicos, dictada al amparo del Artículo. 149.1.18ª de la Constitución). Dicha Disp. 22ª viene referida a titulaciones exigidas o tiempo de antigüedad para poder participar en estas promociones internas del Subgrupo C2 al C1, -denominados así ahora por el Artículo. 76 EBEP en relación a la Disp. Transitoria 3ª de dicho Estatuto- (Sigue diciendo dicha Disposición 22ª:"A estos efectos se requerirá la titulación establecida en el artículo 25 de esta Ley o una antigüedad de diez años en un cuerpo o escala del grupo D, o de cinco años y la superación de un curso específico de formación al que se accederá por criterios objetivos"). Por tanto, si es de aplicación al ser básica, por el mismo motivo anteriormente señalados, no puede desconocerse ahora, vistos los argumentos esgrimidos, la no aplicación del Artículo. 22.1 (en relación a la desaparición de la reserva de plazas del 50% para promoción interna) por la Admón Local, basándose en la vigencia bien del Artículo. 134.1, bien 169.2 b) del TRRL. Y ello en base a lo dispuesto en el Artículo. 2.2 del Código Civil: "Las leyes se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga, y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado"

SEXTO

Para aclarar más el asunto que nos ocupa, podríamos acudir al principio de jerarquía normativa para establecer un orden de prelación en la aplicación de las normas, con el fin de aclarar nuestra cuestión de fondo: si la desaparición del límite del 50% de reserva de plazas para promoción interna (Artículo. 22.1 Ley 30/84 LMRFP, operada por Ley 23/88) hay que entenderla aplicable a la legislación local (Artículos 134 y 169.2b) TRRL). Y así hay que verlo, no ya sólo por la Jurisprudencia reflejada anteriormente (Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de fechas: 20.01.1992 y 19.10.1992., mas la del TC de 11.06.87) sino porque aquello que es legislación básica estatal en la Ley 30/84 MRFP es de aplicación a todas las AAPP sin distinción (Artículo. 1 Ley 30/84, ámbito de aplicación. Punto 3: Bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, dictadas al amparo del Artículo. 149.1.18ª de la Constitución-

que contempla entre otros, al Artículo. 22,1, y en consecuencia aplicables al personal de todas las AAPP. También la Disp. Adicional Vigésima Segunda.)

Además cabe traer a colación también para reforzar nuestro parecer al respecto, el Artículo. 4 LBRL: "En su calidad de AAPP de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, corresponden en todo caso a los Municipios: a) Las potestades reglamentaria y de autoorganización; c)La potestad de programación o planificación (que en nuestro caso se entiende referida a la planificación de los RRHH. Amen del Artículo 140 Constitución en cuanto a la autonomía local, por supuesto siempre que ésta no infrinja el ordenamiento jurídico.

SÉPTIMO.-

Conviene reflejar en el presente las consultas relacionadas con el asunto emitido por empresas especializadas, por todos conocidas, en la que resaltamos, bien en negrita, bien con subrayado, aquellas partes que nos parecen interesantes:

El primer documento es una consulta de la empresa "El Consultor de los Ayuntamientos". Cabe indicar que los párrafos que señalamos en negrita y subrayado han sido plasmados literalmente en la consideración jurídica primera de la Resolución de la Consejería de Agricultura y Desarrollo Rural de la Junta de Extremadura:

No existe la reserva del 50% de las plazas para la promoción interna.

REDACCION DE EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS

El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados Nº 23, Quincena 15 - 29 Dic. 2007, Ref.º 3832/2007, pág. 3832, Tomo 3

Antecedentes.—

En este ayuntamiento se tramita expediente de selección de personal funcionario de administración general, subescala administrativo por promoción interna y libre. La RPT contempla tres plazas vacantes: dos de promoción interna y una de turno libre. Se plantean varias cuestiones: ¿es necesario que exista al menos una plaza de turno libre? ¿Es posible convocar las plazas en procesos separados sin que exista acumulación de las plazas no cubiertas? ¿Se quebrantarían los principios de mérito y capacidad por la existencia de dos candidatos únicos para cubrir las dos plazas de promoción interna

Contestación.—

El tema de la promoción interna suele ser tratado por las distintas leyes de la función pública, ya que se conceptúa como un derecho de los funcionarios a la carrera administrativa. Pero frente a este derecho debe hacerse valer el derecho de acceso a la función pública por medio de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Así, en la Ley 7/2007, de 12 de abril (EC 1596/2007), del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), en el artículo. 18 se regula la promoción interna . Sin embargo, dicho artículo está incluido en el capítulo II del Título III, «Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna . La evaluación de desempeño», de vigencia diferida, por lo que seguiremos aplicando la normativa anterior.

Hemos de acudir a la Ley 7/1985, de 2 de abril (EC 404/1985), Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), artículo. 90, y al artículo. 134 del Texto Refundido de Régimen Local (TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril

(EC 535/1986), que establece, sobre los procesos selectivos, que «Las convocatorias serán siempre libres. No obstante, podrán reservarse para promoción interna hasta un máximo del 50 por 100 de las plazas convocadas para funcionarios que reúnan la titulación y demás requisitos exigidos en la convocatoria».

El propio artículo establece la normativa aplicable, que será la citada normativa local y, en lo no previsto en ella, la reglamentación que para el ingreso en la función pública establezca la respectiva comunidad autónoma, y, supletoriamente, la normativa para la selección de los funcionarios del Estado.

Como ya hemos apuntado anteriormente la promoción interna es el medio idóneo para efectuar la auténtica carrera administrativa, de forma que el funcionario puede llegar a alcanzar el Grupo A por medio de la superación de las correspondientes pruebas selectivas. Se trata de un auténtico derecho de los funcionarios de carrera que requiere como paso previo que exista una plaza vacante del subgrupo correspondiente, pero, además, que la institución decida que se provea de esta forma concreta.

Aunque en un primer momento se previeron unos porcentajes de reserva de plazas para promoción interna en el antiguo artículo. 22 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto (EC 1114/1984), de Medidas para la reforma de la Función Pública, pronto se modificó éste, por Ley 23/1988 de 28 de julio (BOE del 29), que hizo desaparecer la reserva mínima de vacantes para la promoción interna (artículo.1), LO CUAL AFECTA, LÓGICAMENTE AL TRRL. Pero esto no quiere decir que se pueda reservar el 100% de las plazas.

En STS de 20 de enero de 1992 (EC 675/1994) se dice, sobre la vigencia del límite del 50%, que «Superadas las objeciones formales, entraremos a continuación a examinar el problema sustantivo, consistente en la contradicción entre el hecho de que todas las plazas hayan sido atribuidas al sistema de promoción interna , mientras que el precepto contenido en el artículo 134-1 del Real Decreto Legislativo 781/1986 limita esta posibilidad al 50 por ciento de las convocadas, lo que nos obliga, como primera cuestión, a determinar la vigencia de esta norma, teniendo en cuenta que la Ley 23/1988, de 28 de julio, ha dado nueva redacción al apartado primero del ARTÍCULO 22 DE LA LEY 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, la cual, en su artículo 1-3, considera a aquel apartado como una de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, dictadas al amparo del artículo 149-1-18 de la Constitución y, en consecuencia, aplicables al personal de todas las Administraciones Públicas. Conforme al texto anterior a la Ley 23/1988, la reserva a promoción interna estaba limitada hasta un 50 por 100 de las vacantes convocadas, LÍMITE QUE HA DESAPARECIDO EN LA NUEVA REDACCIÓN, lo que nos obliga a fijar la incidencia que el nuevo texto pueda tener en el precepto invocado por el Abogado del Estado para fundar su recurso». Sobre la posibilidad de reserva del 100% de las plazas se pronuncia diciendo que «En este sentido es de notar que el criterio fundamental sobre el que se monta el sistema legal de selección del personal de las Administraciones Públicas es el de las pruebas libres, siendo éste además, el que mejor extiende, en razón de su propia amplitud subjetiva, LOS CITADOS PRINCIPIOS

CONSTITUCIONALES DE IGUALDAD, CAPACIDAD Y MÉRITO. Esto no excluye, sin embargo, que los mismos no se respeten en los casos de promoción interna , aun cuando ésta, por propia definición, alcance a menos sujetos. Por eso en la Ley este sistema aparece como un simple mandato dirigido a "facilitarla", nunca a sustituir plenamente a las formas ordinarias y obligadas de acceso, que son las libres. En este sentido, aunque se haya prescindido de fijar un expreso límite numérico a las vacantes susceptibles de ser reservadas a promoción interna en cada convocatoria, sin embargo la interpretación sistemática de la Ley impone que NO SE DESCONOZCA EN ABSOLUTO EL PRINCIPIO GENERAL DE LAS PRUEBAS LIBRES DE ACCESO, DE MODO QUE EN EL CONJUNTO DE LAS CONVOCATORIAS PARA DETERMINADAS ESCALAS Y CUERPOS APAREZCAN SUFICIENTES PLAZAS EXCLUIDAS DE LA PROMOCIÓN INTERNA como para que pueda aceptarse que aquel principio legal ha sido debidamente respetado». En el mismo sentido se pronunció la STS de 19 de noviembre de 1992 (EC 2628/1994).

En el caso concreto que nos plantea entendemos que deben aplicarse las mismas consideraciones legales efectuadas hasta este instante.

No es posible la reserva del 100% de las plazas de administrativos para auxiliares por promoción interna , lo cual quiere decir que debe sacarse un procedimiento selectivo donde se establezcan unas plazas para turno libre y otras para turno restringido.

Es posible establecer dos convocatorias de oposiciones diferenciadas, de forma que unas no acrezcan a las otras pero conviene una cierta simultaneidad de forma que quede patente la voluntad de la corporación de cumplir los límites de plazas libres.

El segundo documento es una consulta evacuada por la empresa derecho local de fecha 16.04.10 que pasamos a reproducir:

Existe la limitación para convocar plazas para su provisión mediante promoción interna? ¿Puede convocarse una única plaza vacante denominada "Ingeniero de Edificación" mediante este sistema?

La Ley 23/1988, Ley 23/1988, de 28 de julio, de Modificación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Publica. de 28 de julio, modificó el artículo. 22 artículo.22 Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en adelante LMRFP, haciendo desaparecer la reserva mínima de vacantes para la promoción interna que hasta entonces contemplaba dicho precepto. Dicha modificación afectó igualmente al RDLeg 781/1986, 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. de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, TRRL, cuyo artículo. 134.1 aún sigue manteniendo la limitación de reserva para promoción interna al 50 por 100 como máximo de las plazas convocadas.

Así lo estableció el TS en su Sentencia de 20 de enero de 1992, STS Sala 3ª de 20 enero 1992 El TS estima el rec. de apelación interpuesto por el Abogado del Estado contra sentencia dictada sobre aprobación de convocatoria y bases del concurso-oposición para cubrir dos plazas de administrativo por el sistema de promoción

interna, ya que aunque se haya prescindido de fijar un expreso límite numérico a las vacantes susceptibles de ser reservadas a promoción interna en cada convocatoria, sin embargo, la Ley impone que no se desconozca el principio general de las pruebas libres de acceso, de modo que en el conjunto de las convocatorias para determinadas Escalas y Cuerpos aparezcan SUFICIENTES plazas excluidas de la promoción interna como para que pueda aceptarse que aquel principio legal ha sido debidamente respetado. En este caso resulta indudable que para su debido cumplimiento al menos una de las plazas debió ser convocada en acceso libre.

en la que determinó que al haber sido dictado el TRRL al amparo de la Disp Final 1ª de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, LRBRL, que autorizaba al Gobierno para refundir en un solo texto las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, y teniendo en cuenta que entre éstas, por su naturaleza básica, se encontraba el artículo. 22.1 LMRFP, artículo.22.1 Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública la variación de dicha Ley implica también la del texto que se había limitado a reproducir el sentido de uno de sus preceptos. Y, aunque la redacción actual del artículo. 22.1 LMRFP Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública no recoge ya la limitación, eso no quiere decir que puedan convocarse la totalidad de plazas a promoción interna, por cuanto el "criterio fundamental sobre el que se monta el sistema legal de selección del personal de las Administraciones Públicas es el de las -pruebas libres, siendo éste además, el que mejor extiende, en razón de su propia amplitud subjetiva, los citados principios constitucionales de igualdad, capacidad y mérito. Esto no excluye, sin embargo, que los mismos no se respeten en los casos de promoción interna, aun cuando ésta, por propia definición, alcance a menos sujetos. Por eso en la Ley este sistema aparece como un simple mandato dirigido a "facilitarla" nunca a sustituir plenamente a las formas ordinarias y obligadas de acceso, que son las libres".

En el mismo sentido se expresó el TS en su Sentencia de 19 de noviembre de 1992, STS Sala 3ª de 19 noviembre 1992 Recurso de apelación interpuesto contra anulación del acuerdo del Ayuntamiento de Alcázar de San Juan (Ciudad Real), sobre convocatoria y bases de concurso-oposición para cubrir dos plazas de oficiales jardineros por el sistema de promoción interna; el TS, aceptando los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, lo desestima. Infracción del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. Improcedencia de convocatoria con reserva del total de vacantes para promoción interna.

...disponiendo que "resulta evidente que la antigua limitación del 50 por 100 ha sido suprimida, pero ello no autoriza a que la totalidad de las plazas convocadas, como ocurre en el presente caso, se provean por promoción interna, YA QUE DICHA CIRCUNSTANCIA PUDIERA REPUTARSE CONTRARIA AL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO. 23 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA". Para los magistrados del Tribunal Supremo la normativa general impone la provisión de las plazas mediante el sistema de convocatoria libre, y admite que concurra junto a él el sistema de promoción interna, pero ello no significa que éste se

imponga de forma exclusiva, pues representa una excepción al general de convocatoria libre de las plazas no cubiertas por concurso.
Por lo tanto, no puede convocarse una única plaza vacante denominada "Ingeniero de Edificación" mediante promoción interna, pues, existiendo solamente una plaza, ésta debe cubrirse necesariamente por convocatoria libre. Si la intención del Ayuntamiento es facilitar el acceso por promoción interna de uno de sus funcionarios, no le quedará más remedio que crear más de una plaza de la misma categoría en la plantilla, para hacer concurrir conjuntamente las convocatorias libre e interna.
En definitiva, si en la Corporación Local existen funcionarios que se encuentren en el Grupo o Subgrupo inmediatamente inferior a aquél asignado a las plazas vacantes, han prestado servicios efectivos en éstos durante al menos dos años, tienen la titulación académica necesaria para acceder a las mismas y cumplen con el resto de requisitos legales, pueden acceder a ellas mediante promoción interna, pero, siempre y cuando, como ya hemos dicho anteriormente, dichas plazas no se reserven en exclusiva para estos empleados públicos y concurran con convocatorias libres para su provisión.
La siguiente consulta fue evacuada por la empresa “Es Público” Pasamos a reproducir las cuestiones más interesantes:
Estaría vigente para la Administración Local el artículo 169.2 del Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, en cuanto al hecho de que sea obligatorio en la promoción interna del grupo D al C (o las equivalencias actuales) la reserva del 50% de los puestos de trabajo existentes para los miembros pertenecientes a la subescala de Auxiliares de la Administración General que posean la titulación indicada y cuenten con cinco años de servicios en la subescala?.

Por el contrario, ¿estaría únicamente vigente lo establecido en el artículo 22.1 de la Ley 30/1984 o para ser más exactos (por estar derogado ya el citado artículo) lo establecido en el artículo 18.2 del Estatuto Básico del Empleado Público?

…..Esta existencia de un límite porcentual choca con la reforma introducida por la Ley 23/1988, en el artículo 22 de la LRFP, que suprime el porcentaje del 50%, en aplicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1987, aunque el Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de enero de 1992, ha matizado dicha supresión de porcentaje máximo para promoción interna, en el sentido de que debe interpretarse la misma de una manera prudente y racional, ya que de lo contrario estaríamos ante una práctica endogámica que frustraría el cumplimiento de los principios constitucionales de acceso a la función pública, si se interpretasen de un modo tan amplio.

….Por todo ello y atendiendo por un lado a la especificidad del acceso del Grupo C al D, por otro al contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1987 y por último a que el Estatuto Básico del Empleado Público no deroga la citada Disposición Adicional Vigésimo Segunda de la LRFP y ésta tal y como ella mismo dice tiene el carácter de base del régimen estatutario de los funcionarios públicos, dictada al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución, entendemos habrá que estar a lo

dispuesto en la citada Disposición Adicional, entendiendo no aplicable el artículo 169.2 del TRRL en lo relativo a la reserva del 50%.

De la siguiente consulta, también de la empresa Es. Público, pasamos a reproducir lo más destacable:

Consulta

Existen dos plazas vacantes de la subescala administrativa, en la Plantilla de 2006, se pretenden crear otras 2 para el 2007. Cuando se efectúe la convocatoria se quieren cubrir las 4 plazas por promoción interna ¿Se pueden proceder de esta manera o cómo máximo es el 50% para promoción interna?

El indicado artículo 22 de la LRFP tiene carácter básico en su apartado 1, a excepción de sus dos últimos párrafos, y dispone que....

Según el artículo 134 del Texto Refundido de Disposiciones Vigentes en Materia de Régimen Local, en la Administración Local las convocatorias serán siempre libres y, no obstante, se podrán reservar para promoción interna hasta un máximo del 50% de las plazas convocadas para funcionarios que reúnan la titulación y demás requisitos exigidos en la convocatoria. Esta existencia de un límite porcentual choca con la reforma introducida por la Ley 23/1988, en el artículo 22 de la LRFP, que suprime el porcentaje del 50%, en aplicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1987, aunque el Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de enero de 1992, ha matizado dicha supresión de porcentaje máximo para promoción interna, en el sentido de que debe interpretarse la misma de una manera prudente y racional, ya que de lo contrario estaríamos ante una práctica endogámica que frustraría el cumplimiento de los principios constitucionales de acceso a la función pública, si se interpretasen de un modo tan amplio.

Visto lo anterior podemos concluir que en este caso no sería prudente convocar la totalidad de las plazas por promoción interna, pues el propio Tribunal Supremo en la sentencia citada declara más adelante que lo sentenciado no autoriza la reserva de todas las vacantes al turno de promoción interna, por cuanto supone desconocer de forma absoluta el principio general de acceso a la función pública, como ya hemos dicho anteriormente.

CONCLUSIONES

Visto todo lo reflejado en el presente informe podemos concluir que no es posible sacar las 5 plazas de administrativo por promoción interna, debiendo dejarse alguna o algunas para el turno libre y con ello salvaguardar los principios constitucionales antes referidos, así como para no desconocer el sistema de acceso a la función publica a través del turno libre.

Por otro lado el Ayuntamiento tiene, en relación al requerimiento efectuado desde la Admón. Autonómica las siguientes opciones: a) contestarlo y atender su exigencia, previa audiencia de los interesados; b) rechazar el requerimiento por las razones que estime pertinente; c) no contestarlo, usando la facultad del silencio.

La Admón Autonómica, en su caso, podrá impugnar la OEP del Ayuntamiento de XXX ante la jurisdicción contencioso-administrativa, desde el día siguiente al que venza el plazo concedido al Ayuntamiento o, en su caso, al de recepción de la comunicación

del Ayuntamiento rechazando el requerimiento. Pero de conformidad con la STS de 14.10.1992: "En ninguna caso la Administración Estatal o Autonómica podrá suspender la efectividad del acto, sólo tienen esa potestad los Tribunales de Justicia, sea cual sea la materia sobre la que trate el acto a impugnar

Badajoz, febrero de 2011

PERSONAL

Reclamación previa a la vía judicial laboral de trabajador en la que solicita que se le reconozca la condición de trabajador indefinido (fijo según sus argumentos jurídicos basados en el Artículo. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores.)

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de ese Ayuntamiento, con registro de entrada en la Oficialía Mayor el XX.09.11, solicitan informe sobre reclamación previa a la vía judicial de trabajador. A dicha solicitud, adjuntan los siguientes documentos:

-Los contratos por obra y servicio determinados celebrados, uno inicial (desde el XX.09.2008 a XX.08.2009 y dos prórrogas (la 1ª desde el 0X.09.2009 a 3X.08.2010; la 2ª desde el 0X.09.2010 a X1.08.2011).

-Decreto 65/2008, por el que se establece las bases reguladoras y convocan ayudas destinadas a los Ayuntamientos y ELM para l contratación de conserjes en colegios públicos de educación infantil y primaria.

-La OEP del Ayuntamiento correspondiente a la selección de la plaza de conserje del colegio público.

-La reclamación del trabajador fundamentando sus pretensiones en el Artículo. 15.5 del ET.

FONDO DEL ASUNTO:

PRIMERO

El Artículo. 5 del R.D. Ley 10/2011 suspende desde la entrada en vigor del mismo (el 31.08.11) la aplicación del Artículo. 15.5 ET que dice:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos"

El criterio interpretativo seguido por la Oficialía Mayor es el siguiente:

La suspensión durante dos años (desde el 31.08.11 al 30.08.13) de la aplicación del encadenamiento de contratos-Artículo. 15.5 ET- ,opera sin distinción y por imperativo legal desde la entrada en vigor del R. D. Ley 10/2011. (el 31.08.11). Por tanto, en principio, todas las reclamaciones previas a la vía laboral presentadas a partir del 31.08.11 inclusive, habrían de desestimarse, pues si está suspenso dicho artículo, no existe el mismo durante esos dos años.

En el caso concreto y velando por los intereses del Ayuntamiento, al trabajador habría que contestarle diciéndole que no procede reconocer la condición de trabajador indefinido, pues a día de hoy, plazo dentro del cual debe pronunciarse el Ayuntamiento, el susodicho Artículo. está en suspenso durante dos años.

No obstante lo anterior, el trabajador interesado podría en sede judicial hacer valer sus pretensiones mediante otros argumentos jurídicos. Por tanto, habrá que esperar los pronunciamientos judiciales sobre el alcance de la suspensión del meritado Artículo. 15.5 ET.

SEGUNDO.-

Con independencia de lo dicho hasta ahora, y para el caso que le dieran la razón al trabajador en los tribunales, cabe plantearse la posibilidad de estar en el mismo supuesto que en el asunto de los celadores en los centros de salud de los pueblos de Extremadura, y por tanto, que se haya producido una cesión ilegal de trabajadores. (Junta-Ayuntamiento)y así, teniendo en cuenta la Sentencia que reproducíamos , y por el principio “mutatis mutandis” para con el conserje del colegio público, llegar a esta conclusión. Lo anterior conllevaría que en dicha sede judicial se hiciera responsables solidarios de la condición de indefinido del trabajador tanto a la Junta como al Ayuntamiento.

En este sentido debemos traer a colación el informe 091/IJ/2010 (donde aparece la Sentencia 817/2007 TSJEx, Sala de lo Social) emitido desde esta Oficialía Mayor, el cual, dada su extensión enviaremos al Ayuntamiento para no hacer tedioso el presente, pero señalando extractos del mismo:

…….A modo de ejemplo traemos a colación la Sentencia nº 817/2007 del TSJEx, Sala de lo Social (aunque son igual de comparables las de 22.10.09, 24.06.10, 05.10.10, 14.12.10 y 09.05.11) que declara despido improcedente la comunicación de extinción de contrato cursada por el Ayuntamiento de XX en fecha 15 de diciembre de 2006 con efectos de 31 de diciembre de 2006, haciendo responsable solidariamente de las consecuencias de tal declaración a la Corporación indicada y la Consejería de Sanidad y Consumo de la Junta de Extremadura, por apreciar la concurrencia de cesión ilegal....

"...en el propio Convenio firmado entre el Ayuntamiento y la Consejería se dan las pautas necesarias para comprobar que el verdadero empresario es la Consejería..

…... en el caso examinado el Ayuntamiento se ha limitado formalmente a contratar un Celador, pero para prestar sus servicios dentro del ámbito de organización y dirección de la recurrente, y en la esfera propia de sus competencias, cuales son los centros de salud y su personal, y el carácter permanente y habitual de los servicios de celadores en el ámbito de los centros de salud se deduce de lo dispuesto en la Ley 10/2001, En

definitiva, y en todo caso, desde luego el artículo 25.2.i) de la Ley de Bases de Régimen Local (RCL 1985, 799 y 1372) , atribuye, en los términos que determine la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, competencia a los Municipios en materia de "Participación en la gestión de la atención primaria de la salud", siendo que la Ley citada 10/2001, en su artículo 9.1, concreta las competencias de las corporaciones locales en el Sistema Sanitario Público, entre las que no se encuentra la ahora examinada,

…….” actor ha estado bajo las órdenes y dirección del personal de la Consejería en un centro de trabajo de la Consejería, utilizando los medios de trabajo de la Consejería y sometida a la jornada laboral de la Consejería", y "el Ayuntamiento no ha intervenido en el desarrollo de la relación laboral, no ha impartido orden ni ha suministrado medio de trabajo alguno, únicamente se ha limitado a firmar el contrato de trabajo y a abonar la nómina con dinero procedente de la Consejería". Con ello concluir como lo hace la recurrente carece de asiento fáctico y jurídico algún.....

TERCERO.-

Conviene ahora “encasillar” lo reflejado en el punto anterior con el asunto de los conserjes en los colegios públicos. A saber:

-En el caso del conserje del colegio público de XX, sus retribuciones también son subvencionadas por la Administración Autonómica. Lo único que hace el Ayuntamiento respecto a los conserjes es pagarle con las mismas.

-El Artículo. 25.2 LBRL establece que “el municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las CCAA, en las siguientes materiales: ……n) participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos....” . Aquí cabe preguntarse si en esa cooperación con la Admón. Educativa (Junta), entran las funciones de un conserje. (entendemos que no).

-Por su parte la Ley Orgánica 2/2006 de Educación , establece en su Disp. Adicional. 15ª que “la conservación, e mantenimiento y vigilancia de los edificios destinados a centros de Educación Infantil o Primaria, dependientes de las Administraciones Educativas, corresponderán al municipio respectivo”. Habría que ver si de entre las funciones de un conserje están todas estas.

-En su caso y para “contrarrestar” lo anterior, el Estatuto de Autonomía de Extremadura (L.O. 1/2011) señala en su Artículo. 9.1.40 como competencia exclusiva de la C. A. de Extremadura, la vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones. Recordemos que el colegio Jacobo Rodríguez Pereira es un bien público perteneciente a la C. A. de Extremadura y no al Ayuntamiento.

-También nuestro Estatuto expresa en el Artículo. 10 como competencia de desarrollo normativo y ejecución, dentro de la materia de educación y enseñanza: “...y en particular régimen, organización y control de los centros educativos”; y en esos centros educativos presta sus servicios ,entendemos que para la Junta, los conserjes, subvencionando como decíamos, los costes salariales al Ayuntamiento

para que éste sólo contrate al conserje de turno, pero “imponiendo” la Admón Autonómica al Ayuntamiento que: “en ningún caso, el personal contratado por las EELL beneficiarias guardará relación laboral con la Junta de Extremadura” y “que los contratos suscritos por las entidades locales beneficiarias, tendrán carácter laboral y quedarán sujetos al convenio colectivo aplicable en cada caso y, con carácter general , al Estatuto de los Trabajadores...”, como así se refleja en el Artículo. 9 del Decreto 65/2008 por el que se establecen las bases reguladoras y convocan ayudas destinadas a los Ayuntamientos y ELM para la contratación de conserjes en colegios públicos de educación infantil y 1ª. Es decir, que en previsión del posible conflicto en sede judicial, Conserje-Ayuntamiento, la Admón. Autonómica se desentiende. Así lo hizo con el asunto de los celadores de los centros de salud. Y como decíamos, los jueces y tribunales de lo social concluyen que ha habido una cesión ilegal de trabajadores.

-El conserje de un colegio público está a las órdenes y dirección del profesorado del colegio, que pertenece a la Junta de Extremadura, sometido a la jornada laboral de los docentes, utilizando los medios de trabajo de la Consejería de Educación.

QUINTO.-

Para finalizar, decir que estos tipos de trabajadores con contratos subvencionados, entendemos que no pueden figurar en la organización del Ayuntamiento, es decir, no pueden pertenecer ni a la plantilla ni figurar en la RPT del Ayuntamiento.

Badajoz , septiembre de 2011

Reconocimiento de trienios a personal laboral

ANTECEDENTES APORTADOS:
Solicitud del interesado
FONDO DEL ASUNTO
La Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) en su artículo 21 establece que "que las cuantías de las retribuciones básicas y el incremento de las cuantías globales de las retribuciones complementarias de los funcionarios, así como el incremento de la masa salarial del personal laboral, deberán reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos". Asimismo determina que "no podrán acordarse incrementos retributivos que globalmente supongan un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el personal". Por su parte los artículo 22 y siguientes del EBEP están dedicado a las retribuciones de los funcionarios en donde se nos describe la existencia de los trienios al hablar de retribuciones básicas, explicando en el 23.2 sobre los mismos "que consisten en una cantidad, que será igual para cada Subgrupo o Grupo de clasificación profesional..... por cada tres años de servicios prestados".
Es de destacar la novedad que ha supuesto para el personal interino y a efectos de las retribuciones, el Artículo 25.2 del EBEP:
"se reconocerán los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de la entrada en vigor del presente Estatuto que tendrán efectos retributivos únicamente a partir de la entrada en vigor del mismo."
El Artículo 27 del EBEP, titulado retribuciones del personal laboral nos indica que "las retribuciones del personal laboral se determinarán de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo que sea aplicable y el contrato de trabajo".
A este respecto el artículo 3.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) denominado Fuentes de la relación laboral determina lo siguiente:
1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:
   - Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.
   - Por los convenios colectivos.
   - Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del

trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.

- Por los usos y costumbres locales y profesionales.

2. Las disposiciones legales y reglamentarias se aplicarán con sujeción estricta al principio de jerarquía normativa. Las disposiciones reglamentarias desarrollarán los preceptos que establecen las normas de rango superior, pero no podrán establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las leyes a desarrollar.

3. Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables.

4. Los usos y costumbres sólo se aplicarán en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales, a no ser que cuenten con una recepción o remisión expresa.

5. Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo.

Por su parte, el artículo 4.2 del ET establece que "en relación con el trabajo los trabajadores tienen los siguientes derechos.....f) a la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida."

Asimismo, el artículo 26.3 del ET dedicado al salario expresa que "Mediante la negociación colectiva o en su defecto el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salárialesa....."

Cabe destacar también la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 octubre de 2002 cuyo fundamento cuarto expresa, entre otras cosas que "la jurisprudencia en orden a garantizar una igualdad entre trabajadores temporales e indefinidos no ha sido pacífica. Sin embargo, sí se puede afirmar que la misma ha seguido una línea interpretativa expresiva de que el principio de igualdad de trato no justifica la exclusión, en el ámbito de aplicación de los convenios colectivos, de los trabajadores temporales, ni la determinación en la norma paccionada, de condiciones de trabajo diferentes no justificada por la temporalidad del vínculo. Así, concretamente, se ha declarado la nulidad de aquellas cláusulas que establecían una doble escala salarial o las que contenían la exclusión del complemento de antigüedad". "En consecuencia, pues, no parece inadecuado consagrar, en unificación de doctrina, una jurisprudencia acorde con una de las finalidades que inspira la regulación del citado Acuerdo Marco, cual es garantizar el principio de no discriminación del trabajador temporal respecto del trabajador con contrato de duración indefinida comparable".

El Artículo 1.1 de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de Reconocimiento de Servicios Previos en las Administración Pública -LRSPAP establece que "se reconocen a los funcionarios de carrera de la Administración del Estado, de la Local, de la Institucional,

de la de Justicia.....la totalidad de los servicios indistintamente prestados por ellos en dichas Administraciones, previos a la constitución de los correspondientes Cuerpos, Escales o plazas o a su ingreso en ellos, así como el período de prácticas de los funcionarios que hayan superado las pruebas de ingreso eh la Administración pública." 2 "Se considerarán servicios efectivos todos los indistintamente prestados a las esferas de la Administración pública señaladas en el párrafo anterior, tanto en calidad de funcionario de empleo (eventual o interino) como los prestados en régimen de contratación administrativa o laboral, se hayan formalizado o no documentalmente dichos contratos". 3 "Los funcionarios de carrera incluidos en el apartado uno tendrán derecho a percibir el importe de los trienios que tuviesen reconocidos por servicios sucesivos prestados, desempeñando plaza o destino en propiedad, en cualquiera de las mencionadas esferas de la Administración...." Sigue diciendo el citado artículo 3 del mismo cuerpo legal que "el devengo de los trienios se efectuará aplicando a los mismos el valor que corresponda a los del Cuerpo, Escala, Plantilla o plaza con funciones análogas a las desempeñadas durante el tiempo de servicios prestados que se reconozcan conforme a los dispuesto en el artículo anterior." "Cuando los servicios computables a que se refiere el punto tres del artículos anterior no lleguen a completar un trienio al pasar de una a otra esfera de la Administración pública, serán considerados como prestados en esta última, para así ser tenidos en cuenta a efectos de trienios, según la legislación que resulte aplicable siguiendo el orden cronológico de la prestación de los servicios sucesivos".

Con lo anterior queremos significar que no existiera un Convenio Colectivo en su Ayuntamiento podríamos aplicar la normativa apuntada en base al apotegma "in dubio pro operario", que se apoya no sólo en la interpretación teleológica y social de las normas apuntadas, en particular el EBEP, sino a mayor abundamiento ampararnos en el resto de las señaladas conforme a lo establecido en el Artículo 4 Código Civil "procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante ente los que se aprecie identidad de razón. Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes".

De todo lo anterior y para concluir, consideramos que no existe obstáculo para que se le reconozcan al referenciado trabajador los trienios solicitados , máxime teniendo también en cuenta que en ese Ayuntamiento se viene reconociendo y abonado trienios al resto de personal laboral.

Badajoz, febrero de 2012

Retribuciones de funcionaria municipal en situación de baja por enfermedad.

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha X de febrero y entrada en esta Institución Provincial el mismo día del mes del año en curso , el Sr. Alcalde- Presidente del Ayuntamiento de XX interesa informe sobre el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente:

" DERECHOS RETRIBUTIVOS FUNCIONARIA ANTIGUA MUNPAL DE BAJA POR ENFERMEDAD DESDE EL MES DE MAYO DE 2010, ASÍ COMO REGIMEN DE COTIZACION A LA SEGURIDAD SOCIAL"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera. En aplicación del artículo 142 del Texto Refundido de Régimen Local (TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se regula el régimen de las licencias de los funcionarios de la Administración local, y que establece que estos tendrán las licencias que se hayan regulado por la legislación de la función pública de la respectiva comunidad autónoma y, supletoriamente, por la de los funcionarios públicos estatales. Así, veníamos manteniendo que los funcionarios locales tendrán derecho a la licencia por enfermedad, la cual se establecía en el artículo 69 de la Ley de funcionarios civiles del Estado (LFCE), aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero. Durante la baja por enfermedad, un funcionario tenía el derecho a la concesión de licencia por enfermedad; licencia que formaba parte de su régimen estatutario y, por consiguiente, no era aplicable el régimen general de la Seguridad Social para los trabajadores, que quedan en situación de incapacidad temporal (IT), sino una licencia por enfermedad.

A la vista de lo anterior, en la licencia por enfermedad, durante los tres primeros meses, el funcionario tenía derecho a la percepción de sus retribuciones íntegras; entendiendo por tales, además de las básicas, aquellos complementos que, como los de destino y específico, son de carácter objetivo, de cuantía fija y vencimiento periódico (mensual), pero no aquellas otras que, como el complemento de productividad y las gratificaciones, exigen la presencia efectiva del funcionario en su puesto de trabajo.

A partir del cuarto mes y previa acreditación para las sucesivas prórrogas, el derecho quedaba reducido a las retribuciones básicas, sin perjuicio de lo prevenido en el Régimen General de la Seguridad Social.

Segunda. Posteriormente, desde el 1 de enero de 2009, el artículo 69 LFCE no tiene vigencia, por cuanto que fue derogado por la disposición derogatoria primera de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009.

Pero dicha derogación no implicó una modificación sustancial de la regulación expuesta, por cuanto, en esa misma Ley, se modificó la normativa de la Seguridad Social. Así, en la disposición final séptima, se modificaron los artículos 18 a 22 del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado. En cuanto a lo que aquí nos interesa, el artículo 21, en su nueva redacción, establece que la prestación económica en la situación de incapacidad temporal consistirá:

«1. a) Durante los primeros tres meses, en la totalidad de las retribuciones básicas y de las retribuciones complementarias del funcionario en la misma cuantía a las que le correspondería en cada momento en su puesto de trabajo si no se encontrase en esta situación de incapacidad temporal, y con cargo a los mismos conceptos presupuestarios por los que se venían percibiendo dichas retribuciones.

b) Desde el cuarto mes percibirá las retribuciones básicas, la prestación por hijo a cargo, en su caso, y un subsidio por incapacidad temporal a cargo de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, cuya cuantía, fija e invariable mientras dure la incapacidad, será la mayor de las dos cantidades siguientes:

1ª El 80 por ciento de las retribuciones básicas (sueldo, trienios y grado, en su caso), incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, correspondientes al tercer mes de licencia.

2ª El 75 por ciento de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia.»

Pero este artículo no les era aplicable a los funcionarios de la Administración Local, que quedaban expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la misma [artículo 3.2.a) del Real Decreto Legislativo 4/2000]. Los funcionarios locales, como los de las Comunidades Autónomas, se rigen por el Régimen General de la Seguridad Social, y no por este régimen especial.

Tercera. De esta manera, las incapacidades temporales por enfermedad, para el caso de los funcionarios de la Administración Local, se encontraban reguladas en la siguiente normativa, según la línea interpretativa iniciada por la sentencia de la sala tercera de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo, de 25 de mayo de 2005,

— Real Decreto 480/1993, de integración en el Régimen General de la Seguridad Social de los Funcionarios de Administración Local.

— Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, de Régimen General de la Seguridad Social.

— Por tanto, y en base a ello, no será aplicable al supuesto planteado el Real Decreto Legislativo 4/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.

Cuarta. Sin embargo, y a pesar de todo lo expuesto, la regulación de las incapacidades temporales por enfermedad para los funcionarios de la Administración Local ha vuelto a modificarse, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley de Presupuestos del Estado para el ejercicio 2010.

Dicha norma establece en su disposición adicional sexta lo siguiente:

«Sexta. Extensión de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado al resto de funcionarios.

Sin perjuicio de la integración en el régimen general de la Seguridad Social del régimen especial de los funcionarios de la Administración Local y de la integración en dicho régimen de los funcionarios de la Administración General del Estado y de las Administraciones Autonómicas en los casos en los que así proceda, todos los funcionarios integrados en el régimen general de la Seguridad Social, sea cual sea la administración en la que prestan sus servicios, cuando se encuentren en la situación de incapacidad temporal, durante los tres primeros meses, tendrán la misma protección en dicha situación que la prevista para los funcionarios civiles del Estado en el artículo 21.1.a) del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio.

Lo dispuesto en el párrafo anterior tendrá vigencia indefinida y retrotraerá sus efectos a la fecha de entrada en vigor de la disposición derogatoria primera de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009.

La norma recién mentada tiene importantes consecuencias, pues unifica de una vez por todas, y de manera indefinida y retroactiva hasta el 1 de enero de 2009, el régimen de cobertura por incapacidad temporal transitoria por enfermedad, esto es, la baja laboral. Así, para todos los funcionarios, sin importar la Administración a la que pertenezcan, rige lo contenido en el artículo 21 del Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, que recordemos que hasta finales de 2009 no era aplicable a los funcionarios de la Administración Local.

Por tanto, y reproduciendo lo ya expuesto anteriormente, y por aplicación de dicho precepto, la prestación económica en la situación de incapacidad temporal consistirá:

«1. a) Durante los primeros tres meses, en la totalidad de las retribuciones básicas y de las retribuciones complementarias del funcionario en la misma cuantía a las que le correspondería en cada momento en su puesto de trabajo si no se encontrase en esta situación de incapacidad temporal, y con cargo a los mismos conceptos presupuestarios por los que se venían percibiendo dichas retribuciones.

b) Desde el cuarto mes percibirá las retribuciones básicas, la prestación por hijo a cargo, en su caso, y un subsidio por incapacidad temporal a cargo de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, cuya cuantía, fija e invariable mientras dure la incapacidad, será la mayor de las dos cantidades siguientes:

1ª. El 80 por ciento de las retribuciones básicas (sueldo, trienios y grado, en su caso), incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, correspondientes al tercer mes de licencia.

2ª. El 75 por ciento de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia.»

Quinta.- De modo especifico para los funcionarios locales, y en concreto para el que es objeto de consulta, señalar que queda sometido al régimen mencionado teniendo en cuenta por lo demás que según el artículo 1.1 del Real Decreto 480/1993, de 2 de abril, el personal activo y pasivo que, en 31 de marzo de 1993, estuviese incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local; quedará integrado con efectos del 1 de abril de 1993 en el Régimen General de la Seguridad Social.

Y el segundo apartado del mismo artículo, dispone que:

«A partir de la fecha de integración, al personal indicado en el apartado anterior le será de aplicación la normativa del Régimen General de la Seguridad Social, con las particularidades previstas en el presente Real Decreto».

El artículo 6 de este Real Decreto, regula en cuanto a la incapacidad temporal, que las prestaciones de asistencia sanitaria y de incapacidad laboral transitoria se concederán al personal activo y, en su caso, a sus familiares; en los mismos términos y condiciones que los previstos en el Régimen General de la Seguridad Social, si bien serán prestadas de acuerdo con lo establecido en la Disposición Transitoria Quinta.

Y la Disposición Transitoria Quinta establece en lo que ahora nos interesa lo siguiente:

«La prestación por incapacidad laboral transitoria derivada de contingencias comunes, se reconocerá y abonará por las Corporaciones Locales, entidades o instituciones que tengan a su cargo el personal activo que se integre.

Como compensación económica por los costes derivados de la dispensación de la asistencia sanitaria e incapacidad laboral transitoria, en los términos previstos en los apartados anteriores de esta Disposición Transitoria, las Corporaciones Locales, instituciones o entidades tendrán derecho a aplicar los correspondientes coeficientes reductores de la cotización por el personal activo objeto de integración, a que se refiere el artículo 1 de este Real Decreto, en los términos previstos en la normativa vigente para los supuestos de exclusión de asistencia sanitaria e incapacidad laboral transitoria del Régimen General».

Como queda manifiesto, la cobertura de los empleados públicos, y en el presente caso de los del Ayuntamiento en las situaciones de de baja por enfermedad y las retribuciones a que tienen derecho durante la misma son las especificadas toda vez que el margen de maniobra en la negociación de los funcionarios locales es restringido y al enumerar las materias negociables (artículo.37.1 EBEP), no queda incluida como materia susceptible de negociación la modificación del Régimen Retributivo legal establecido para las situaciones de incapacidad.

Por tanto, cualquier pacto o acuerdo que pretenda incidir en esta materia, no puede ir en contra de una norma superior, no puede ir en contra de lo dispuesto en la Ley y en su consecuencia la existencia de Pactos con cláusulas ilegales ha llevado a la jurisprudencia a plantear la necesidad de revisión de oficio de los mismos por nulidad

de pleno derecho En lo que se refiere a cláusulas económicas la cuestión es clara puesto que la Ley 39/2010 de 22 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2011 que en su artículo. 22 apartado nueve dispone:

"Los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables las cláusulas que establezcan cualquier tipo de incremento"

Por tanto. es palmario que cualquier pacto, acuerdo o convenio del Ayuntamiento de XX, no puede aplicarse en aquellos puntos que supongan un incumplimiento del precepto anterior, siendo estos nulos de pleno derecho En definitiva, y en cuanto la Disposición Adicional Sexta de la LPGE para 2010, atribuye eficacia retroactiva al 1 de enero de 2009, al nuevo régimen de cobertura de los funcionarios locales, procederá su aplicación a la funcionaria a que se refiere el presente y en su consecuencia, a la fecha de efectos del mes cuarto de dicha situación deberá procederse por el Ayuntamiento a su aplicación para con dicha funcionaria, haciendo al efecto las correspondientes compensaciones a favor o en contra del mismo respecto de las retribuciones que hubiere percibido desde el mes de mayo de 2010.

Badajoz, febrero de 2011

Reserva de puesto de trabajo de Secretaria-Interventora interina.

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante email por la Sra. Secretaria-Interventora del Ayuntamiento de xx, se solicita informe en relación con el asunto epigrafiado.

Al referido escrito se acompaña copia de la petición de la anterior Secretaria-Interventora interina de concesión de servicios especiales y copia de los nombramientos de la actual Secretaria-Interventora y del acta de toma de posesión de D. XX con nombramiento definitivo, en virtud de Resolución de XX de febrero de 2009, de la Dirección General de Cooperación Local, por la que se resuelve el concurso unitario de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. (BOE num.71, de 24 de marzo de 2009)

FONDO DEL ASUNTO:

PRIMERO.-

En primer lugar hemos de indicar que conforme a la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007, de 12 de abril, en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, en la materia que nos ocupa: Situaciones administrativas (artículos 85—92) sigue vigente la regulación de las situaciones administrativas contenida en la Ley 30/1984 y en el Real Decreto 365/1995. Los efectos de la situación de servicios especiales siguen siendo los previstos en el artículo 29 de la Ley 30/1984 y sus normas de desarrollo

SEGUNDO.-

Según el artículo 10.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, son funcionarios interinos (en el caso que nos ocupa la Secretaria-Interventora anterior tiene esa condición) los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

a. La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.

b. La sustitución transitoria de los titulares.
c. La ejecución de programas de carácter temporal.
d. El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses.
El apartado quinto de ese mismo artículo, dice que «A los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera».

TERCERO.-
La excedencia es una de las situaciones administrativas en que se pueden encontrar los funcionarios de carrera regulada en el artículo 89 del Estatuto Básico del Empleado Público.
El tiempo de permanencia en esta situación será computable a efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de Seguridad Social de aplicación.
El tiempo de permanencia en esta situación será computable para participar en las pruebas de promoción interna.
Esta situación conlleva la reserva del puesto de trabajo desempeñado durante dos años. Transcurrido ese periodo, la reserva será a un puesto en la misma localidad y de igual retribución.
En cualquier caso, la consulta plantea si la situación referida es aplicable o no a los funcionarios interinos y en este aspecto nos centraremos:
Cuando el Legislador regula los derechos de los funcionarios, como al de la jornada de trabajo, permisos y vacaciones; se refiere a los funcionarios públicos sin diferenciar a los de carrera de los interinos, de lo que se deduce que éstos se consideran incluidos.
En otros derechos de los funcionarios, como los retributivos, la Ley dedica un precepto a parte para regular los que les corresponden a los funcionarios interinos.
Pero, como se puede apreciar, en este Título VI se regulan las situaciones en que se pueden encontrar los funcionarios «de carrera» y se dedica un apartado a las situaciones del personal laboral, sin mencionar en ningún momento a los funcionarios interinos, de lo que se podía deducir que este Título no les será de aplicación.
Ahora bien, al funcionario interino se le aplican las normas correspondientes a los funcionarios de carrera que no sean incompatibles con su situación (artículos 10.5 EBEP y 105 LFCE). Disfrutan, entre otros, del derecho a la protección por desempleo al término de su vinculación con la Administración, de conformidad con el artículo 205.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, o a su integración en el régimen general de la Seguridad Social (artículo 7.1 e) del mismo texto legal. Además, en los últimos tiempos, algunos derechos derivados de la permanencia en el puesto y niveles de retribución determinados (situaciones administrativas y trienios), tradicionalmente negados por la doctrina y la jurisprudencia, han sufrido un vuelco sustancial.
Una larga y mantenida doctrina administrativa y jurisprudencial ha negado la excedencia, de cualquier tipo al personal interino, en base del régimen jurídico aplicable, lo que no implicaba discriminación (Sentencias del Tribunal Constitucional

de 22 y 24/1983 y 99/1984), y mantenida por los Tribunales Superiores Regionales (STSJA 674/1995; STSJG, 177/1998; STSJCM, 2168/1998), de la que es buena muestra la del Tribunal Superior de Justicia Valenciano de 13—12—1994, al afirmar: «Y es precisamente, en materia de situaciones administrativas, donde incide específicamente la salvedad establecida en el artículo 105 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 1964 (la naturaleza de su condición), por cuanto en todo momento se vincula la posibilidad de acceder a tales situaciones con la condición de funcionario de carrera».

Con fecha 20 de diciembre de 1999, y reiterándose en 24 de enero de 2000, el Tribunal Constitucional rompe la línea jurisprudencial reseñada y considera «[...] que no existe justificación objetiva y razonable, desde la perspectiva del artículo 14 de la CE para, en orden al disfrute de un derecho legal relacionado con un bien constitucionalmente relevante como el cuidado de los hijos, dispensar, a un funcionario interino que lleva más de cinco años ocupando una plaza, un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto al dispensado a los funcionarios de carrera, con el único argumento de que legalmente su relación con la Administración es provisional en tanto no se provea por funcionario de carrera. Con ello no se trata de afirmar que ante situaciones de interinidad de larga duración las diferencias de trato resulten injustificadas desde la perspectiva del artículo 14 CE, sino de destacar que pueden serlo en atención a las circunstancias del caso, y, muy especialmente, a la trascendencia constitucional del derecho que recibe un tratamiento desigual».

Razones, todas ellas, que nos llevan a la consideración de que las Sentencias del Tribunal Constitucional responden a unas circunstancias singulares como la duración de la interinidad en más de cinco años, la no discriminación por razón de sexo, el tipo concreto de excedencia solicitada, etc., que nos hacen pensar en su carácter meramente puntual (salvo en Castilla—La Mancha) y enormemente crítico para la doctrina especializada.

La rúbrica del artículo 85, situaciones administrativas de los funcionarios de carrera contiene una importante especificación: las situaciones administrativas se aplican a los funcionarios de carrera. Esta proposición está vinculada al sentido primigenio del propio concepto de situación administrativa vinculado a la idea de opción vital que subyace a la idea de carrera. La carrera profesional comportaba, quizá en el contexto de una sociedad menos dinámica que la actual, una dedicación por vida al servicio público, en la que las situaciones administrativas cumplían la finalidad de preservar la relación entre el empleado y la Administración más allá de eventuales circunstancias que pudieran obstaculizarla. De semejante planteamiento se desprende la inadecuación de las situaciones a los funcionarios interinos. No obstante, en la situación actual no puede sostenerse una aplicación literalista que excluya a estos empleados públicos del disfrute de los beneficios que suponen muchas de las situaciones que contempla la Ley.

En efecto, la aplicación de lo previsto en el artículo 10.5 EBEP —a los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera— obliga a adoptar una óptica de

acercamiento a la realidad de la relación profesional que se desarrolla, en la que puede tener encaje adecuado algunas de las situaciones legales. La simple consideración de los supuestos en que según el apartado 1 de este artículo se puede proceder al nombramiento de interinos y su contraste con el contenido de las diversas situaciones determina un juicio según el cual, si bien las situaciones administrativas no son aplicables en bloque —carece de sentido, p. e. la excedencia voluntaria por interés particular servicio en otras Administraciones Públicas—, no debe excluirse la aplicación de otras —excedencia por cuidado de familiares, suspensión provisional, etc.— de acuerdo a las circunstancias fácticas que se pudieran presentar.

Analizada las Sentencias del Tribunal Constitucional, la doctrina puede sintetizarse del siguiente modo:

1. No en todo caso son injustificadas desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución las diferencias de trato entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos, aunque estos se encuentren en situación de interinidad de larga duración.

2. La diferencia de trato entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos en situación de interinidad de larga duración puede ser injustificada desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución , pero solo «...en atención a las circunstancias del caso y, muy especialmente, a la trascendencia constitucional del derecho que recibe un tratamiento desigual».

3. Que la protección específica de la maternidad de los periodos pre y posnatales es un derecho con trascendencia constitucional —artículos 9.2. y 39.1— y, siendo las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan la excedencia para el cuidado de hijos, la diferencia de trato entre funcionarias de carrera y funcionarias interinas produce una discriminación por razón de sexo que no es admisible desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución.

CUARTO.-

Ahora bien, la aplicación de esta normativa no debe hacernos olvidar la naturaleza de la relación laboral del funcionario interino y los derechos que conlleva, de manera que para que éste, tras la excedencia, retorne a su puesto, será necesario:

- Que el puesto no se haya provisto con un funcionario de carrera.
- Que siga existiendo el supuesto de hecho que justificó el nombramiento como funcionaria interina.

CONCLUSIÓN

En base a todo lo anteriormente expuesto, y respondiendo a la consulta formulada, podemos concluir diciendo que según la postura Jurisprudencial la funcionaria interina si podrá solicitar la excedencia (y de hecho así lo hizo) por servicios especiales, siempre que se den las circunstancias que puedan dar lugar a las misma. Ahora bien, para que tras la excedencia pudiera retornar a su puesto debería darse los condicionamientos anteriormente señalados en el expositivo cuarto, es decir, que el puesto no se haya provisto con un funcionario de carrera y que siga existiendo el supuesto de hecho que justificó el nombramiento como funcionaria interina. De la documentación aportada por el Ayuntamiento se desprende que estos condicionamientos no se cumplen por cuanto D. XX toma posesión con

nombramiento definitivo, en virtud de Resolución de XX de febrero de 2009, de la Dirección General de Cooperación Local, por la que se resuelve el concurso unitario de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. (BOE num.71, de 24 de marzo de 2009), por lo que la anterior Secretaria-Interventora interina no tendrá derecho a retornar al puesto de trabajo.

Badajoz, mayo de 2011

Extinción de contrato de obras y servicio determinado de trabajadora (arquitecta técnico) que se encuentra en estado de gestación

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha XX.0711 con registro de entrada en la Oficialía Mayor el X.07.11, el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XX, solicita informe en relación con el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente:

"Que con fecha X.0X.2008 se firmó un contrato laboral con este Ayuntamiento por "Obras y Servicios Determinados" por un año, que finalizó el día X.07.2008(documentos X y X). Contrato que previa comunicación al trabajador, fue indemnizado según cláusula del contrato y dada de baja en la Seguridad Social (documentos X,X y 5).

Que con fecha 03.08.2009, se firma por ambas partes un nuevo contrato igualmente con fecha de terminación el día 02.08.2010 (documentos X y 7)

Con fecha X.08.2010 se firma un nuevamente una prórroga del contrato por un período de 12 meses, que finaliza el día X.08.2011

Es por lo que se solicita:

PRIMERO: El Ayuntamiento, no tiene intención de volver a prorrogar el contrato poniendo fin a la relación laboral con la fecha del mismo (X.08.2011); dada la situación económica en la que actualmente se encuentra actualmente, con una deuda de unos X euros aproximadamente y que no puede hacer frente a los gastos.

SEGUNDO: Que la trabajadora en cuestión, ha presentado un escrito en el que manifiesta encontrase en estado de gestación. Se desea saber, si esto es óbice o traba para poner fin al contrato que tiene fecha de finalización.

TERCERO: Los días que le correspondería por indemnización por la finalización del citado contrato.

FONDO DEL ASUNTO:

INTRODUCCIÓN

Los contratos por obra o servicio determinado suscitan en numerables ocasiones situaciones no deseadas para los Ayuntamientos (sobretodo desde el punto de vista económico) que se dan fundamentalmente por un lado, cuando no se cumplen los requisitos y características obligatorias para la celebración de estos contratos y que se tienen que plasmar en los mismos, y por otro, cuando existe una sucesión de contratos en el tiempo o concatenación de dos o más de éstos y con un mismo

trabajador, que pueden traer como consecuencia que el Ayuntamiento tenga que reconocer a dichos trabajadores (contratados bajo esta modalidad contractual) como indefinidos, o incluso "fijo", bien de oficio o por reclamación de los trabajadores. Y son los juzgados y tribunales los que, continuamente dan la razón a los trabajadores en estos supuestos.

PRIMERO

En el presente caso, analizados los contratos sometidos a nuestra consideración desde el punto de vista formal, se puede observar que en los mismos no se detalla, describe, acota o delimita la obra/as o servicio/os para identificarlos con claridad, que además deben tener autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de Ayuntamiento, sino que de manera genérica y ambigua figuran las expresiones: "redacción proyectos municipales, valoración obra y otras similares" (en el primer contrato). O "redacción proyecto, memorias, valoración obras y otros" (2º contrato). Lo anterior conlleva que el contrato (o los contratos) se presuma por tiempo indefinido al haberse celebrado en fraude de ley, como así lo explicita el Artículo. 15.3 ET.

Asimismo, examinados los contratos individualmente ninguno ha tenido una duración superior a tres años, por lo que en este sentido la trabajadora no adquiriría la condición de fija, como así estipula el Artículo. 15.1 a) E.T.

Pero debemos detenernos en el asunto de la concatenación de contratos y acudir al Artículo. 15.5 ET por el cual "los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos". De lo anterior y analizada la documentación, en este caso cabe señalar que sí adquiriría la condición de trabajadora fija del Ayuntamiento.

En resumen, teniendo en cuenta lo dicho más arriba, sobre la posibilidad de que a la finalización del contrato (el 02.08.11) se haya producido un despido improcedente, puede deberse a varias causas que la trabajadora alegue en reclamación previa a la vía judicial: (se podrían intuir las pretensiones de dicha trabajadora en "el no conforme" de su puño y letra-ológrafo- cuando se le notificó la resolución de la alcaldía de 13 de julio por la que se le hace saber que el próximo día 02.08.11 finaliza su contrato, indemnizándole con 16 días, ocho días por año trabajado.). Resumiendo, y como decíamos estas causas serían:

-Fraude de ley, pues la obra/as o servicio/os no ha terminado, ya que no tienen autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad ordinaria del Ayuntamiento.; Es decir, la redacción de proyectos municipales, la valoración de las obras y las

memorias se dan continuamente. . Esto supondría que el trabajador adquiera la condición de indefinido. (Artículo. 15.3)
-Fraude de ley, pues lo contratos no reúnen los requisitos y características que deben constar en los mismos, por lo que conllevaría que el trabajador adquiriera la condición de indefinido. (Artículo. 15.3 ET).
-Que haya adquirido la condición de "fija" conforme al Artículo. 15.5 antes aludido, al haber estado contratada en los durante un periodo de 30 meses, más de 24 mediante dos o más contratos temporales.

SEGUNDO.
Visto todo lo anterior, como lo que pretende el Ayuntamiento es poner fin a la relación laboral, lo más conveniente desde el punto de vista económico, es reconocerle el despido como improcedente desde la fecha en la que se le declara la extinción de su contrato (el 02.08.11), mediante resolución de la Alcaldía, con el abono de las indemnizaciones procedentes cuanto antes sin esperar al pronunciamiento de la sentencia, dado el "juego" de los salarios de tramitación del Artículo. 56 ET: Es decir:
Consignación judicial inmediata -en las 48 horas siguientes al reconocimiento del despido como improcedente de las indemnizaciones del Artículo. 56.1 ET: 45 días/año + prorrateo periodos inferiores a 1 año y el reconocimiento del despido improcedente (ya se le comunicó a la trabajadora la extinción del contrato con el preaviso pertinente mediante resolución de fecha 13.07.11).
Dada su importancia, pasamos a reproducir textualmente dicho Artículo. 56ET que regula el tema de las indemnizaciones:
1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación previstos en el párrafo b de este apartado 1, o el abono de las siguientes percepciones económicas que deberán ser fijadas en aquélla:
Una indemnización de cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades.
Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.
2. En el supuesto de que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario, el contrato de trabajo se entenderá extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconociera la improcedencia del mismo y ofreciese la indemnización prevista en el párrafo a del apartado anterior, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste.

Cuando el trabajador acepte la indemnización o cuando no la acepte y el despido sea declarado improcedente, la cantidad a que se refiere el párrafo b del apartado anterior quedará limitada a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito, salvo cuando el depósito se realice en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengará cantidad alguna.
A estos efectos, el reconocimiento de la improcedencia podrá ser realizado por el empresario desde la fecha del despido hasta la de la conciliación.
3. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.
4.Si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a éste. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, ésta será obligada.
TERCERO.-
En relación a la primera cuestión planteada, sobre "...la trabajadora ha presentado un escrito en el que manifiesta encontrarse en estado de gestación. Se desea saber si esto es óbice o traba para poner fin al contrato que tienen fecha de finalización."
La información que tenemos es que la trabajadora está embarazada, pero no tiene una baja por enfermedad o por riesgo durante el embarazo, ni (obviamente) tampoco está disfrutando de la licencia por maternidad tras el parto. La previsión de dar a luz es en 2012 (marzo aprox.)
Como indica el Artículo. 45 1 d) ET el contrato de trabajo podrá suspenderse por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia de un menor de 9 meses, exonerándose de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo. Estas indicadas causas conllevan la reincorporación con reserva del puesto de trabajo. Asimismo el punto 5 de dicho Artículo. expresa que la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo finaliza el día que la madre inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora embarazada de reincorporarse a su puesto de trabajo o a otro compatible.
Por otro lado el Artículo. 55 del anterior, al tratar la forma y efectos del despido disciplinario, expresa en su punto 5,inciso 2º que el despido es nulo en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo por: riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, por maternidad, por enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia, etc. Y el despido nulo tiene como efecto la readmisión inmediata de la trabajadora, con abono de los salarios dejados de percibir.
La trabajadora no se encuentra en ninguno de los supuestos descritos y por tanto el "simple" hecho de estar embarazada no supone impedimento alguno para poner fin a su relación laboral.
CUARTO.-
En relación a la segunda cuestión, sobre "los días que le correspondería por indemnización por la finalización del citado contrato."

En el punto segundo del presente informe analizamos el Artículo. 56 del ET con las indemnizaciones procedente cuando el empresario (Ayuntamiento) opta por ellas y no por la readmisión.

En el presente caso las indemnizaciones serían 45 días por año trabajado. Teniendo en cuenta que por el primer contrato ya se le indemnizó con 8 días. Las indemnizaciones a consignar en el Juzgado Decano de lo Social de Badajoz en las 48 horas siguientes al notificarle la resolución por la que se le reconoce el despido como improcedente (como el fin de no pagar los salarios de tramitación desde el despido hasta la notificación de la sentencia) son: 37 días por el primer año (45-8) + 45 días por el segundo año + 45 días por el 3º año. Total: 127 días. (s.e.u.o.)

CONCLUSIÓN

El Ayuntamiento (vía Decreto de la Alcaldía) debería reconocer el despido como improcedente desde la fecha en que se declara la extinción de su contrato (02.08.11), con consignación judicial de las indemnizaciones señaladas. Por oto lado el hecho de encontrase la trabajadora embarazada sin estar de baja por riesgo durante el embarazo no supone traba o impedimento para poner fin a su relación laboral.

Badajoz , Julio de 2011

Reclamaciones previas a la vía laboral presentadas por trabajadora de la OMIC: una de cantidad, otra de reconocimiento de derechos (indefinida)

ANTECEDENTES DE HECHO

En dicha petición de informe, figura como documentación que se acompaña, las dos reclamaciones previas a la vía laboral de la trabajadora: una de cantidad, por diferencia salariales entre lo que ha cobrado y lo que debería, según ella, cobrar; otra de reconocimiento de derecho del carácter indefinido de su relación laboral con el Ayuntamiento de XX. Asimismo consta también sentencia XX/2011 del Juzgado de lo Social Nº1 de Badajoz sobre reclamación de cantidad correspondiente a otro periodo de tiempo, en la que se le da la razón a dicha trabajadora.

FONDO DEL ASUNTO:

PRIMERO

Debemos hacer referencia al informe evacuado por este funcionario informante a ese Ayuntamiento en fecha X.04.10, sobre reclamación previa a l vía laboral de dicha trabajadora, en la que solicitaba el reconocimiento de la existencia de un contrato laboral indefinido y el abono de retribuciones correspondientes al grupo 2 de cotización o el abono de las retribuciones en cantidad no inferior en la cuantía total objeto de la subvención.

En aquella ocasión no se nos aportó la concreta reclamación previa de a la vía judicial sobre cantidad por la que posteriormente se le dio la razón en dicha, a través de la sentencia referenciada.

En dicho informe analizábamos las cuestiones planteadas desde varios fundamentos jurídicos en base al Estatuto de los Trabajadores y al Código Civil, y, dábamos, por un lado, como una de las posibles soluciones el reconocimiento del carácter indefinido de la relación laboral por los motivos que aducíamos y con el fin de terminar con la relación laboral en base al Artículo. 52 e) ET. Mas abajo, pasaremos a recordar lo manifestado en el anterior informe.

Por otro, y al exigir en la misma reclamación, el abono de retribuciones correspondientes al Grupo II de cotización o retribuciones en cantidad no inferior a la cuantía objeto de la subvención, ambas sin cuantificar, dábamos a entender que podría haberse dado una "novación tácita" del contrato en el sentido que la trabajadora, siendo consciente de la minoración paulatina de la subvención, había

aceptado dichas retribuciones y proponíamos, ante la reclamación, que el Ayuntamiento le hiciera un contrato por obra o servicio de terminado pero a tiempo parcial en el que la minoración salarial "sufrida", tuviera una reducción proporcional en el nº de horas para así justificar la 1ª. (recordamos que estaba contratada a jornada completa)

SEGUNDO

Ahora y en cuanto a la nueva reclamación previa a la vía judicial por la que dicha trabajadora solicita que se le haga indefinida, efectivamente hay que acceder a ello y reconocerle dicho carácter mediante decreto de la Alcaldía. A Saber:

-Por un lado como decíamos en el anterior informe, existe fraude de ley debido a los sucesivos encadenamientos de contratos.

-Por otro, analizados los contratos y sus prórrogas, desde el punto de vista formal, se puede observar que en los mismos no se detalla, describe, acota o delimita la obra/as o servicio/os para identificarlos con claridad, que además deben tener autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de Ayuntamiento Lo anterior conlleva que el contrato (o los contratos) se presuma por tiempo indefinido al haberse celebrado en fraude de ley, como así lo explicita el Artículo. 15.3 ET.

También la trabajadora en su primera reclamación para que se le hiciera indefinida (y por el que se emitió el anterior informe), alegaba el Artículo. 8 del ET por el cual este tipo de contratos debe figurar por escrito de lo contrario se presumen celebrados por tiempo indefinido y a jornada completa (en su día la trabajadora seguía en su puesto de trabajo sin existir contrato)

-Además de conformidad con el Artículo. 15.5 ET la trabajadora habría adquirido la condición de fija porque durante un periodo de 30 meses ha estado contratada más de 24 meses, con o sin solución de continuidad, mediante dos o más contratos temporales . Pero aquí debemos tener en cuenta la disposición adicional 15ª ET en donde a pesar de haber adquirido la fijeza tiene que pasar por un proceso selectivo y obtener la plaza porque de lo contrario se pondría fin a su relación laboral, y todo ello con el fin de salvaguardar los principios constitucionales de acceso al empleo público-igualdad, mérito y capacidad- que priman sobre su condición de fija

Visto todo lo anterior, como apuntábamos procede reconocer por parte del Ayuntamiento el carácter indefinido de la relación laboral, mediante Decreto de la Alcaldía.

TERCERO.-

Como decíamos, una vez reconocida a la trabajadora como indefinida, vistas las pretensiones del Ayuntamiento de no continuar con la relación laboral de la trabajadora y con la oficina de la OMIC, el siguiente paso a dar en este sentido es declarar la extinción del contrato por causas objetiva al que alude el Artículo. 52 e) y 53 ET. Dada la importancia conviene reproducirlos textualmente:

Artículo 52. Extinción del contrato por causas objetivas

El contrato podrá extinguirse:

e)En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de

planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.

Por ello, el Ayuntamiento debe con antelación demostrar y justificar detallada y documentalmente dicha extinción por el motivo aludido con vistas a la sede judicial, a la que casi con toda seguridad se irá la trabajadora. Es decir, a modo de ejemplo:
-Tendría que hacer mención el Ayuntamiento del paupérrimo estado de las arcas municipales (con motivo de la crisis económica que afecta a todos los órdenes) y, en su caso, a la deuda que tiene. Que aunque empresario, a efectos laborales, es una Administración y por tanto no tiene ánimo de lucro al apostar siempre por la creación de empleo local.
-Habría que ver si el Decreto por el que se regula la OMIC con las subvenciones y el posterior Convenio Junta-Ayuntamiento, se asimilan o pueden asimilarse a la ejecución de un plan o programa público.
-También habría que tener en cuenta cuando cumple el actual Convenio Junta-Ayuntamiento sobre la oficina de la OMIC y manifestar por escrito que no desean renovar el convenio, y por tanto ha llegado a su fin.
-De lo anterior y asimismo, tiene el Ayuntamiento que renunciar a la siguiente subvención.
-Que es deseo del Ayuntamiento cerrar la OMIC y tiene que hacerlo, porque le resulta deficitaria y no pueden soportar los costes que supone, ya que las subvenciones han ido disminuyendo paulatinamente año tras año
-Porque las subvenciones minoradas cada vez más año tras año, no van destinadas exclusivamente a gastos que originen los costes salariales y de Seguridad Social, sino también a otros como mantenimiento de la oficina de la OMIC, o alquiler de locales, consumo de agua y electricidad, teléfono, limpieza, mantenimiento y conservación de mobiliario, material de oficina, la realización de programas específicos de actuación (campañas de información, actividades y jornadas, consultas y reclamaciones, etc.), asistencias a cursos, jornadas; edición de revistas, etc, etc.
-En las normativas reguladores de estas subvenciones (Convenio Colaboración de 2003, Decreto 44/2008 y Orden 18.12.2009) en ningún momento se hace alusión a qué parte de los costes salariales sean soportados por el Ayuntamiento. Tampoco que, ante una insuficiencia o minoración de cantidad de cualquier prórroga de las subvenciones anuales, deba el Ayuntamiento correr proporcionalmente con la disminución de las retribuciones. En dichas normativas mencionadas tampoco se obliga a celebrar modalidad contractual alguna con los trabajadores que se contraten.
-Porque si el convenio termina sin prorrogarse (no va a haber otro), se renuncia a la siguiente subvención y se cierra la OMIC. Por tanto no existe objeto en un contrato. Desde un punto de vista civilista debemos acudir por un lado al Artículo. 1261 que "No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º consentimiento

de los contratantes, 2º objeto cierto que sean materia del contrato y 3º causa de la obligación que se establezca." Por otro a los Artículos. 1271 a 1273 CC (1273: "El objeto del contrato debe ser una cosa determinada....". Tampoco existe causa del mismo. : Artículo. 1274: "En los contratos remuneratorios se entiende por causa el servicio o beneficio que se remunera". Artículo. 1275: "Los contratos sin causas no producen efecto alguno".Desde un punto de vista laboral se ha cerrado la OMIC y por tanto, no existe contrato porque no hay funciones que pueda desempeñar la trabajadora de la OMIC; no hay servicio retribuido por cuanta ajena que prestar dentro del ámbito de organización y dirección que representa una oficina de la OMIC, ya que no existe. (Artículo. 1 ET). Por parte de la trabajadora de la OMIC no puede haber una ocupación efectiva de su trabajo, porque no existe tal (Artículo. 4)

-Por todo lo dicho, el Ayuntamiento en esta situación no puede permitirse el tener abierto una oficina de la OMIC y contratada a una Técnico.

Señalar que estas cuestiones ya la planteamos en el anterior informe.

CUARTO.-

Si el Ayuntamiento al amparo del Artículo. 52 e) desea extinguir el contrato por causas objetivas, tendría que cumplir con lo dispuesto en el Artículo. 53: ET Formas y efectos de la extinción por causas objetivas:

1. La adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes:

Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.

Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

Concesión de un plazo de preaviso de treinta días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo.

2. Durante el período de preaviso el trabajador, o su representante legal si se trata de un disminuido que lo tuviera, tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo.

3. Contra la decisión extintiva podrá recurrir como si se tratare de despido disciplinario.

5. La calificación por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario, con las siguientes modificaciones:

- En caso de procedencia, el trabajador tendrá derecho a la indemnización prevista en el apartado 1 de este artículo, consolidándola de haberla recibido, y se entenderá en situación de desempleo por causa a él no imputable.
- Si la extinción se declara improcedente y el empresario procede a la readmisión, el trabajador habrá de reintegrarle la indemnización percibida. En caso de sustitución de la readmisión por compensación económica, se deducirá de ésta el importe de dicha indemnización

QUINTO.-

En cuanto a la reclamación de cantidad, si en la sentencia mencionada tuvo la trabajadora un pronunciamiento favorable (no en la cuantía exacta que pedía), ahora teniendo en cuenta que reclama las diferencias salariales en el período comprendido entre julio 2010 a julio 2011, estamos en la misma situación aunque en diferente período. Por ello, hay que reconocerle el pago de dicha cantidad, pero como presenta la reclamación el día 12.07.2011, entendemos prescritos los 12 primeros días del mes de julio de 2010. Es decir:

La trabajadora reclama la diferencias salariales de 14 pagas del período mencionado (total 4055,80€). Al mes debería cobrar 1009,70€ mensuales y se le ha pagado 720, con lo cual la diferencia en un mes es de 289,70€ X13 meses =3766,1€ + el prorrateo de mes de julio de 2010 sin los 12 días prescritos (173,82€-). Con lo cual la suma total a abonar por el Ayuntamiento sería 3939, 92€

CONCLUSIÓN

El Ayuntamiento tendría que reconocer como indefinida la relación laboral de la trabajadora con el Ayuntamiento para más adelante proceder a la extinción del contrato por causas objetivas en el sentido más arriba explicado con los requisitos y efectos señalados. En cuanto a la reclamación de cantidad, tendría que Ayuntamiento que abonársela en la cuantía mencionada.

Badajoz, agosto 2011

Nómina de funcionario Auxiliar de la Policía Local, en segunda actividad, y en situación de Baja por Enfermedad Común.

CUESTIÓN PLANTEADA

Nómina de funcionario Auxiliar de la Policía Local, en segunda actividad, y en situación de Baja por Enfermedad Común.

FONDO DEL ASUNTO

La Disp. Final 2ª de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local -LRBRL-, establece en su apartado 1º que "los funcionarios públicos de la Administración local tendrán la misma protección social, en extensión e intensidad, que la que se dispense a los funcionarios públicos de la Administración del Estado y estará integrada en el sistema de Seguridad Social".

El artículo. 21 del RDL 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado -TRLSSFCE-, en su redacción dada por Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 -LPGE 2009-, fue modificado por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 -LPGE 2010- al establecer en su Disp. Adic. 6ª una extensión de lo dispuesto en el artículo. 21 TRLSSFCE al resto de funcionarios, señalando que "sin perjuicio de la integración en el régimen general de la Seguridad Social del régimen especial de los funcionarios de la Administración Local y de la integración en dicho régimen de los funcionarios de la Administración General del Estado y de las Administraciones Autonómicas en los casos en los que así proceda, todos los funcionarios integrados en el régimen general de la Seguridad Social, sea cual sea la administración en la que prestan sus servicios, cuando se encuentren en la situación de incapacidad temporal, durante los tres primeros meses, tendrán la misma protección en dicha situación que la prevista para los funcionarios civiles del Estado en el artículo 21.1.a) del Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio".

Por su parte, en las instrucciones cursadas a las Direcciones Provinciales por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, con motivo de la integración de los Funcionarios de la Administración Local en el Régimen General de la Seguridad Social, establecieron, entre otras cosas y respecto a la incidencia de la integración en las licencias de enfermedad, se dice que en cuanto a las contingencias comunes, la incapacidad transitoria (IT) se reconoce y abona por las Corporaciones Locales que tengan a su cargo el personal activo que se integra y tanto la prestación de asistencia

sanitaria como la IT se otorgarán en los mismos términos y condiciones que los previstos en el Régimen de la Seguridad Social -Disp. Trans. 5ª y artículo. 6, respectivamente, del Real Decreto 480/1993, de 2 de abril, por el que se integra en el Régimen General de la Seguridad Social el Régimen Especial de los funcionarios de Administración Local .

Por tanto, y siguiendo la postura doctrinal integradora y mayoritaria, los funcionarios de la Administración Local percibirán durante los tres primeros meses el 100 % de las retribuciones básicas y complementarias -o sea, las retribuciones íntegras- y a partir del cuarto mes, y conforme al Régimen General de la Seguridad Social en el que están integrados, percibirán el 75 % de la base reguladora.

Así pues, entendemos que la elaboración de la nómina del citado funcionario durante los tres primeros meses ha sido correcta, pues se ha abonado el 100 % de retribuciones y todo ello basándonos en el artículo. 21.1.a) TRLSSFCE, según redacción dada por la LPGE 2009 y en la Disp. Adic. 6ª LPGE 2010.

Por lo tanto, a partir del primer día del cuarto mes el importe de la prestación por incapacidad temporal, derivada en este caso de enfermedad común, será del 75 % de la base reguladora del mes anterior a la baja (artículo. Único del Real Decreto 53/1980, de 11 de enero, por el que se modifica el artículo 2º del Reglamento general que determina la cuantía de las prestaciones económicas del RGSS, respecto a la prestación de incapacidad laboral transitoria.

Este es el informe de la Oficialía Mayor-Departamento de Asesoramiento y Asistencia Jurídica a las EE.LL- en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para el Ayuntamiento de XX, que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.

Badajoz, enero de 2012

Reclamación de reintegro de cantidades descontadas por la aplicación de las medidas contenidas en el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por la Mancomunidad referenciada, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

a) Con fecha XX de octubre de 2011, tiene entrada en la Oficialía Mayor, escrito de la Mancomunidad XX - Los XXs, en el que en relación con la recepción de "... solicitud por parte del equipo directivo y docente del Taller de Empleo "XX" del que nuestra Mancomunidad es promotora, del reintegro del 5% que en relación con el R.D.L. 8/2010 les hemos aplicado.", se solicita informe sobre para poder decidir al respecto.

b) Junto con la petición se remite el escrito de X de octubre de 2011, presentado por el Equipo Técnico del Taller de Empleo, mediante el que solicitan el reintegro de las cantidades en que fue reducido su salario desde la primera nómina, acompañado de la Sentencia X/2011, del Juzgado de lo Social nº X de Badajoz.

c) Solicitados determinados antecedentes, la Mancomunidad facilita, entre otra, la siguiente documentación de interés para el informe solicitado:

d) Estudio orientativo de los costes salariales del Taller de Empleo.

e) Resolución de la Directora General de Formación para el Empleo del Servicio Extremeño Publico de Empleo, de X de junio de 2010, de concesión de subvención para el desarrollo del Taller de Empleo "X XX

f) Escrito de X de abril de 2011, presentado por el Equipo Técnico del Taller de Empleo, mediante el que solicitan el reintegro de las reducciones aplicadas y que no se tenga en cuenta su aplicación en las sucesivas nóminas.

g) Contratos de trabajo del Director del Taller de Empleo y del Guía de Turismo del Taller de Empleo, en los que en su cláusula cuarta se pacta una retribución total de XX euros y XX euros brutos mensuales, respectivamente.

h) Nominas de noviembre de 2010 de los trabajadores indicados, en las que consta el salario base por importe de XX euros y de XX euros, respectivamente.

FONDO DEL ASUNTO.

1º. El artículo 4.2.f) del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (ET), establece que "2. En la relación de

trabajo, los trabajadores tienen derecho: … f) A la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida."

Por tanto, será el contrato de trabajo el instrumento que determinará la retribución que haya de percibir el trabajador, salvo que esta venga establecida legalmente. No obstante, en los términos del artículo 41 del ET, podrán introducirse en el contrato de trabajo modificaciones de carácter sustancial que podrán tener carácter individual o colectivo, con los requisitos y el procedimiento que determina el precepto citado.

2º. Por lo que respecta a la reducción retributiva de los salarios de los empleados públicos, se estableció mediante el RDL 8/2010, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público que, en aplicación de su Disposición final sexta, entró en vigor al día siguiente de su publicación (que se produjo en el Boletín Oficial del Estado nº 126, de 24 de mayo), es decir, el 25 de mayo de 2010. En concreto es el artículo 1 de la referida norma el precepto que regula la reducción, introduciendo las consiguientes modificaciones en dicho sentido en los artículos 22, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33 y 36 de la LPGE2010. Por lo que respecta al personal laboral la regulación se contiene en el artículo 22.2.B).4 de la LPGE2010 que, ya modificado, establece que "La masa salarial del personal laboral del sector público … experimentará la reducción consecuencia de la aplicación a este personal, con efectos de 1 de junio de 2010, de una minoración del 5 por ciento de las cuantías de cada uno de los conceptos retributivos que integran la nómina …" y en términos similares se expresa, tras su modificación el artículo 25.Dos.B). Es importante destacar que "Las variaciones de la masa salarial bruta se calcularán en términos de homogeneidad para los dos períodos objeto de comparación, … computándose por separado las cantidades que correspondan a las variaciones en tales conceptos." (apartado Tres del precepto citado en último término).

De ello se concluye que, para poder hacer la comparación y su consiguiente reducción, el puesto de trabajo debería existir con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 8/2010, ya que de no ser así las condiciones individuales que constan en el contrato de trabajo son de plena aplicación, a salvo de su eventual modificación, en los términos expuestos en el apartado 1º anterior, o de la comisión de un error material, de hecho o aritmético en la determinación de la retribución que consta en el contrato de trabajo que, en tal caso, debió ser inmediatamente subsanado conforme a lo dispuesto en el artículo 105 de la LRJPAC. Medida que, según parece, tampoco ha adoptado la Mancomunidad, que se ha limitado a minorar el importe de la retribución desde la primera nómina. En este sentido, téngase en cuenta que tanto la Resolución de aprobación del Taller de Empleo como la firma contrato de trabajo suscrito con los trabajadores se producen en fechas posteriores, 14 de junio de2010 y noviembre de 2010, respectivamente.

3º. Así mismo, debe tenerse en cuenta que el RDL 8/2010, como reza su propia título, se dicta para adoptar medidas extraordinarias para la reducción del déficit público que afectan a las entidades locales, como avanza el penúltimo párrafo del apartado I de la Exposición de Motivos, "Además, en el capítulo VI se adoptan

medidas con el fin de garantizar la contribución de las entidades locales al esfuerzo de consolidación fiscal y de mejora del control de la gestión económica financiera de las citadas entidades.", y comentadas con más detalle en el apartado VII, de cuyo contenido destacamos VII "Con el fin de garantizar la contribución de las entidades locales al esfuerzo de consolidación fiscal que las medidas adoptadas en este Real Decreto-ley persiguen, es necesario declarar la afectación de los ahorros derivados de la reducción de los gastos de personal al saneamiento de remanentes negativos, ..." y que se concretan de manera expresa en el artículo 14.Uno que, por lo que aquí interesa recoge la siguiente regulación: "Uno. Se declaran recursos afectados los derivados de la aplicación de las medidas de reducción de costes de personal en los ejercicios 2010 y 2011, que se destinarán, con el orden de preferencia en el que están relacionados, a las siguientes finalidades: a) A sanear el remanente de tesorería derivado de la última liquidación, cuando éste fuera negativo. b) A disminuir el nivel de endeudamiento a largo plazo. c) A la financiación de inversiones. d) Cuando no resulten de aplicación los apartados a) o b), los recursos no aplicados en el propio ejercicio a la financiación de inversiones, se destinarán en sucesivos ejercicios a las finalidades establecidas en los apartados a), b) y c), con el mismo orden de prelación, hasta su aplicación total."

Las medidas de reducción retributiva deben entenderse a la luz de esos objetivos. Objetivos que no se van producir en este caso, en cuanto que coste del personal contratado para la ejecución del programas del Taller de Empleo " Lácara - Los Baldíos II " , está subvencionado por servicio público de empleo de la comunidad autónoma, lo que implica que la Entidad local como beneficiaria de esa ayuda debe cumplir con las obligaciones recogidas en las correspondientes bases reguladoras o, en caso contrario, se producirá inevitablemente el reintegro total o parcial de las cuantías otorgadas. Por ello, de aplicarse algún recorte en los salarios de este personal, las cantidades no consumidas no se podrían justificar como gastadas y se tendrían que reintegrar, porque al estar reguladas y aprobadas en base a un proyecto o memoria valorados, los fondos no se pueden emplear para otra finalidad, salvo que excepcionalmente las propias bases reguladoras prevean la posibilidad de modificar algún aspecto del proyecto inicial, previa solicitud y aprobación por parte de la Entidad que concedió la subvención.

4º. Por último, debe señalarse que el artículo 32.4 del ET establece como garantía del salario que "4. El plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos." Por lo correspondiendo la primera de las nóminas de este personal al periodo de noviembre de 2010, devengándose al finales de dicho mes, el plazo para solicitar el reintegro de la cantidad retenida en la primera de las nóminas finaliza un año después a finales de noviembre 2011. Por tanto, no cabría calificar como extempórea la solicitud presentada por los trabajadores que se produjo con fecha, 5 de octubre de 2011, y fue reiterada el día 26 de octubre de 2011.

Badajoz, noviembre de 2011.

Incrementos retributivos acordados en Convenio Colectivo del Ayuntamiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha X.02.2011 y entrada en esta Institución Provincial el día X del mismo mes del año en curso , la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de XX interesa informe sobre el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente:

"Este ayuntamiento solicita colaboración de los Servicios Jurídicos de asistencia a los municipios de esa Diputación, a fin de resolver cuestión planteada en cuanto a la aplicación del convenio firmado el X de abril de 2008 y la correcta aplicación de Ley 39/2010, de 22 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado, la cuestión es la que sigue:

A la firma del convenio referido en su artículo 29 punto 3-1, entro otras cosas solicitan se equiparen los complementos de destino del personal laboral con lo establecido en la Ley de presupuestos para los distintos grupos, al menos con los mínimos, es decir si los niveles de complemento de destino para los funcionarios para el grupo D fuera el 14, también sea catorce para los trabajadores laborales y su cuantificación se regularice con la tabla de Complementos de Destino del Artículo. 26 de la Ley de Presupuestos del Estado para 2011, cumpliría realizar tal actuación en el ejercicio 2011, la duda que se plantea es si con la redacción del artículo. 22 de referida Ley de Presupuestos del Estado se podría aplicar dicho acuerdo.

Igualmente solicitamos aclaración si lo referido en el artículo. 22.2 de repetida Ley de Presupuestos del Estado se está refiriendo a masa salarial."

FONDO DEL ASUNTO

A) Ámbito de la negociación colectiva en el seno de las Administraciones Públicas.

Empecemos por el concepto mismo de negociación; así, cuando las leyes hablan de capacidad para negociar se refieren a la capacidad de las Administraciones para decidir sobre un asunto, para transaccionar sobre el mismo, y esto se refleja en la reciente legislación. Debe recordarse que en el ámbito privado las partes tienen capacidad para negociar, ateniéndose simplemente a su voluntad y a las leyes laborales, para de esta manera llegar a las normas paccionadas que son los convenios. Pero en la esfera del derecho administrativo, de la Administración Pública, esta capacidad no está tan definida. En este sentido es sintomático que la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) define una serie de cuestiones que limitan la capacidad negocial de las Entidades Locales. Así se dice en el artículo. 37 cuales son las materias objeto de negociación: a) La aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones

Públicas que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas. b) La determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios. c) Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos. d) Las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño. e) Los planes de Previsión Social Complementaria. f) Los criterios generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna. g) Los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas. h) Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación. i) Los criterios generales de acción social. j) Las que así se establezcan en la normativa de prevención de riesgos laborales. k) Las que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios, cuya regulación exija norma con rango de Ley. l) Los criterios generales sobre ofertas de empleo público. m) Las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos.

Como vemos la competencia se basa en la distribución de los incrementos retributivos, no la definición de los mismos.

B) Adecuación de retribuciones del personal laboral vía equiparación a los complementos retributivos del personal funcionario.

Sobre la posibilidad de incluir en este momento una serie de complementos retributivos – complemento de destino - al personal laboral debemos pronunciarnos ateniéndonos a lo dicho y a lo que se establece por las leyes de presupuestos que se han ido dictando año a año, pero la cuestión central, que es la que provoca problemas posteriormente, es la falta de regulación de las retribuciones de los laborales al inicio de la relación con los mismos. Así, una vez que se han incorporado quedan obligados por la legislación existente en cuanto a los incrementos retributivos de forma que los mismos no pueden superar unos límites, de la misma forma que los funcionarios. Pero si no existe RPT es difícil que el ayuntamiento pueda adoptar una decisión con todos los criterios legalmente establecidos, con todos los conceptos que deben ser abonados, por lo cual puede suceder que un laboral sea retribuido en demasía o escasamente y que luego no se puedan realizar las adaptaciones correspondientes, lo que de contrario, no sucedería si existiera dicha RPT, con la definición del puesto en concreto y sus características, pero en modo alguno que a través de estos complementos y sus adecuaciones a los puestos de trabajo del personal laboral para su pretendida equiparación retributiva a los funcionarios pueda eludirse la aplicación de normas de carácter imperativo, como son las de regulación de los incrementos de retribuciones en el ámbito de las Administraciones Públicas, que se contienen en la sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado, cuya contravención produciría respecto de dicho acto el efecto que las mismas determinen y por su carácter imperativo el que resulta del apartado 3 del artículo. 6 CC:

"Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención."

C) Incrementos retributivos resultantes del cumplimiento de lo pactado en Convenio

Ciertamente, que la señalada prohibición de incrementos superiores a los establecidos en las Leyes de Presupuestos constituye un verdadero y constante problema en muchas Corporaciones, sobre todo en las de menor entidad, y aunque la regulación que se hace de las retribuciones ha quedado diferida debe recordarse que conforme al EBEP las retribuciones el personal laboral quedan determinadas por el convenio colectivo correspondiente, el contrato de trabajo respetando siempre lo establecido en el artículo. 21 del mismo EBEP, artículo que impone la limitación del incremento de la masa salarial superior a la fijada anualmente en la ley de presupuestos. Normativa que en esencia es la misma que se viene aplicando y que coincide con lo dispuesto en el artículo. 22.2 de LGPE para 2011.

Pues bien, el Ayuntamiento, en cuanto es una Administración Pública, a diferencia de las empresas privadas, se encuentra sometido a una serie de limitaciones reguladas en la Ley que no pueden desconocerse, especialmente en materia retributiva del personal a su servicio. Así, las Leyes de Presupuestos del Estado desde 1989, al establecer los incrementos de retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas, viene haciéndolo en un porcentaje que normalmente coincide con el previsto del IPC, sin admitir cláusulas de revisión salarial por desviación del IPC previsto y el real (a veces ni eso, pues ha habido años en que se congelaron, como ocurre para el presente ejercicio), limitaciones contenidas en normas imperativas de carácter básico y por tanto aplicables a todas las Administraciones, entre ellas la Local, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 154 del Texto Refundido de Régimen Local (TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

En este sentido, por lo que se refiere al presente año, la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado (LPGE) para el año 2011, en su artículo 22.5 dispone:

" La masa salarial del personal laboral, que no podrá incrementarse en 2011, está integrada por el conjunto de las retribuciones salariales y extrasalariales y los gastos de acción social devengados por dicho personal en 2010, en términos de homogeneidad para los dos períodos objeto de comparación, y una vez aplicada en términos anuales la reducción del 5 % que fija el artículo 22 Dos B) 4 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, sin perjuicio de las normas especiales previstas en la disposición adicional novena del Real Decreto-Ley 8/2010.

Se exceptúan, en todo caso:

Las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social.

Las cotizaciones al sistema de la Seguridad Social a cargo del empleador.

Las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.

Las indemnizaciones o suplidos por gastos que hubiera realizado el trabajador."

Seguidamente, el mismo precepto y en lo que atañe al presente, añade en su apartado 9 que «Los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables las cláusulas que establezcan cualquier tipo de incremento», prohibición de incrementos superiores que, como decimos, vienen estableciéndose desde 1989 en uso de la competencia exclusiva del Estado para establecer las «bases y coordinación de la planificación económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público», como señala la rúbrica de los correspondientes preceptos, y la Corporación debió tenerlas en cuenta al negociar el convenio.

A la vista de lo anterior, y para el caso planteado, en la medida en que las adecuaciones convenidas, mediante equiparación, vía complementos de destino, de las retribuciones fijadas en el convenio a que alude en su escrito el Ayuntamiento de XX supongan unos incrementos salariales superiores a los autorizados por LGPE, ha de considerarse que tales incrementos o, más bien, las cláusulas del convenio que los contengan, como de no aplicación, pues la prohibición que se establece en la norma no ofrece lugar a dudas " ubi lex non distinguet nec nos distinguire debemus". En este sentido, véase la doctrina jurisprudencial contenida en SSTC 171/1996, de 30 de octubre y 103/1997, de 22 de mayo , en relación a incrementos superiores a los fijados en la Ley de Presupuestos del Estado por las Comunidades Autónomas y sobre nulidad de acuerdos de incremento de retribuciones rebasando los porcentajes autorizados en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y la prevalencia de estas limitaciones sobre las previsiones de convenios colectivos, pactos y acuerdos ha sido una constante reiterada por la jurisprudencia véanse, entre otras, las SSTS de 21 de junio de 1982 ; de 17 de noviembre de 1986 ; de 21 de noviembre de 1997 ; de 30 de junio de 1997 ; de 9 de marzo de 2000 ; SSTSJ de Madrid de 9 de mayo de 1996 , de Galicia de 10 de junio de 1998 , de Andalucía (Sevilla) de 5 de enero de 1999 y del País Vasco de 23 de marzo de X

Badajoz, febrero de 2011

Posibilidad de extinguir relación laboral de carácter indefinido (ex artículo. 15.5 ET), de trabajadora que ostenta la condición de representante sindical.

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha XX.09.2011 y entrada en esta Institución Provincial el mismo día del mes y año en curso , el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XX, solicita informe sobre el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente:

"Tras conversación telefónica del día de hoy, en relación con la reincorporación de Dª. XX a este Ayuntamiento a fecha de hoy, tras Decreto de Alcaldía de fecha XX de julio de 2011 por el que se declaraba como improcedente el despido efectuado a la citada persona con fecha 31 de mayo del actual, por el presente tengo a bien detallarle los pormenores acaecidos con esta trabajadora desde el inicio de su relación contractual con este Ayuntamiento hasta la fecha, solicitándole así mismo formule un borrador de Propuesta de Alcaldía para ser elevada al Pleno de este Ayuntamiento con la intención de proceder a la resolución de dicha relación contractual restablecida en el día de hoy por imperativo legal como bien conoce

Le ruego que dicha propuesta sea remitida a este Ayuntamiento a al mayor brevedad, dada la cercanía de la fecha de celebración del próximo Pleno Ordinario.

Antecedentes que se describen respecto ala relación contractual de Dª. XX con este Ayuntamiento.

- Contrato como EDUCADORA DE FAMILIA, periodo del X 12/2001 AL X/06/2003.
- Contrato como AGENTE DE EMPLEO Y DESARROLLO LOCAL, periodo del X/07/2003 al X/10/2004.
- Contrato como AGENTE DE EMPLEO Y DESARROLLO LOCAL, periodo del X/11/2004 al X 011/2007.
- Contrato como TÉCNICO PROYECTO SAN JUAN, PERIODO DEL X/11/2007 AL X/05/2011.

Todos los contratos anteriores han estado supeditados a la obtención previa de subvención para poder efectuar la correspondiente contratación.

En el caso del último contrato celebrado y finalizado a fecha de 31 de mayo del actual, el objeto del mismo ha sido la ejecución del denominado Proyecto San Juan para el cual la citada trabajadora fue contratada como técnico del mismo. Una vez finalizada el mencionado proyecto y, por consiguiente, se agotan los fondos destinados para ello, finaliza la relación contractual de esa trabajadora con este Ayuntamiento, circunstancia ésta que se le comunica según la legislación vigente mediante carta de cese en la actividad o preaviso.

Actualmente, y a fecha 31 de mayo del 2011, el proyecto descrito está finalizado, no existiendo consignación presupuestario ni puesto de trabajo en este Ayuntamiento con tal denominación."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRELIMINAR.- Como resulta de la petición de informe, la situación que debemos estudiar se produce con anterioridad a la suspensión de efectos del artículo. 15.5 del RDLeg 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Estatuto de los Trabajadores –ET-, como consecuencia de la aprobación de las medidas para la mejora del crecimiento y del empleo que el Gobierno ha dictado recientemente , a través del Real Decreto Ley 10/2011, de 26 de agosto.

PRIMERA.- En las administraciones públicas la figura del "contrato indefinido" ha sido una salida jurisprudencial a la problemática planteada por la concatenación o permanencia de contratos temporales prorrogados por más tiempo que el legalmente establecido. Como quiera que el acceso a un empleo público debe ser realizado cumpliendo con los requisitos constitucionales de publicidad, mérito, capacidad, etc., y en muchos caso éstos no se daban, la jurisprudencia entendió que quienes se encontraban en tal situación quedaban equiparados a los funcionarios interinos, de manera que se les respetaba su situación laboral hasta que la administración pertinente sacaba las pruebas objetivas de selección para su provisión definitiva pasando a ser fijos en plantilla, lo que no quita que se les aplique, ínterin, el régimen jurídico de los trabajadores establecido en el ET, y así, hemos de señalar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1996, afirma que la «contratación en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de la consideración, en su caso como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido». Es decir, se reconoce la figura del personal laboral «indefinido» pero «no fijo de plantilla», personal que cesaría en cuanto la plaza fuese cubierta reglamentariamente. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2002, en la que se afirma que «el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente, a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas Legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas». Consideración de indefinido que, entendemos no necesita de ningún reconocimiento expreso por parte de la Administración

Pues bien, ante el caso planteado, y puesto que las administraciones públicas se rigen por unos principios de consignación presupuestaria y plantillas orgánicas, en el caso que se nos ha puesto de manifiesto no existe ni una cosa ni la otra. De ahí que podríamos aplicar el artículo. 49 ET que señala entre otras causas de la extinción del contrato el que se den causas objetivas legalmente procedentes, y que relaciona dicho precepto con el artículo. 52 del mismo cuerpo legal cuando entiende que son

causas objetivas de extinción del contrato "e) En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate."

SEGUNDA.- En el caso que nos ocupa, y de los antecedentes de hecho del encabezamiento, resulta que se ha venido produciendo un encadenamiento de contratos desde 5.12.2001, hasta la conclusión del último, el 31 de mayo pasado, en el que ".... el objeto del mismo ha sido la ejecución del denominado Proyecto San Juan para el cual la citada trabajadora fue contratada como técnico del mismo. Una vez finalizada el mencionado proyecto y, por consiguiente, se agotan los fondos destinados para ello, finaliza la relación contractual de esa trabajadora con este Ayuntamiento, circunstancia ésta que se le comunica según la legislación vigente mediante carta de cese en la actividad o preaviso.

Actualmente, y a fecha 31 de mayo del 2011, el proyecto descrito está finalizado, no existiendo consignación presupuestario ni puesto de trabajo en este Ayuntamiento con tal denominación."

Habiendo concluido este último contrato, hemos de tomar, por tanto y como ya dijimos, como punto de partida el artículo. 52.e) ET, al ser la figura del contratado indefinido equiparable, en su relación jurídica con la administración a la del funcionario interino, es decir, una situación provisional y no fija, porque el acceso al contrato no se resolvió mediante el procedimiento de selección exigido por las normas sobre el particular. Así la persona que se encuentra en esta situación, al igual que el interino, deberá someterse en su día, para adquirir la fijeza en la administración a las pruebas reglamentarias. Ahora bien, por otro lado, ello implica que esta personal "interino" deberá someterse, de igual forma a las causas de extinción de la relación jurídica que prevé la norma. Así, para el interino las causas del cese vienen reguladas en el artículo. 10 del Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP- .

De entre ellas debemos aplicar la que hace referencia al tiempo determinado por un programa cuando dice en el epígrafe c) que los funcionarios interinos son nombrados, entre otras causas, para la ejecución de programas de carácter temporal. Dicho esto a continuación señala que el cese de los funcionarios interinos se producirá, además de por las causas previstas en el artículo. 63, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento. Por tanto, si el nombramiento es para programas de ayudas de la Comunidad autónoma, desaparecidas esas ayudas finaliza la causa que dio lugar a su nombramiento.

Hecha dicha precisión y volviendo a los hechos expresados en los antecedentes, esta persona ha estado trabajando en el ayuntamiento con contratos, cuyas disposiciones económicas eran finalistas, puesto que traían causa de subvenciones o ayudas en diversas líneas presupuestarias de la Junta. Cuando estas ayudas cesaron, en

consecuencia, cesaron las causas objetivas del contrato y por ende se da el supuesto de hecho previsto en el ET como hemos visto anteriormente. Y caso de no ser así, es decir, entender que la trabajadora en cuestión, debiera ser readmitida o recolocada iría en contra de lo que el legislador quiso al establecer ese párrafo como causa objetiva de despido. La hacienda local no puede quedar onerosamente gravada por la recolocación de esta trabajadora, pues ello implicaría aumentar su Capítulo I de personal, mediante la "creación de una plaza" que no existe, para cumplir o atender con ella, unos trabajos que tampoco existen, y en consecuencia, tanto la persistencia de esa "plaza" y "trabajos" a realizar y que motivaron la contratación, ya no son esenciales o necesarios para los intereses de la población.

TERCERA.- En la Administración pública el contrato de interinidad puede extinguirse por amortización de la plaza vacante, aunque se hubiera pactado la duración del contrato hasta la provisión de la plaza mediante la designación de un trabajador fijo (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2002); tales pactos están sujetos «a la condición subyacente de la pervivencia del puesto de trabajo», dado que el contrato de interinidad no limita ni elimina las facultades de la Administración sobre modificación y supresión de puestos de trabajo (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2002).

De ahí la calificación del artículo. 52 e) cuando entiende que son causas objetivas de extinción del contrato la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate. Si no hay crédito presupuestario para mantener el contrato este desaparece, y la persona que está contratada, de forma indefinida no fija, deberá ser despedida. Es decir, y como más arriba señalamos, basta aplicar aquí lo dicho respecto del cese del funcionario interino cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento.

En este sentido, es significativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2002, Sala de lo Social, sobre la extinción de un contrato de trabajo por amortización de la plaza servida, que en su Fundamento Jurídico quinto, señala lo siguiente:

«En este punto la doctrina ya ha sido unificada por la Sala, y precisamente en el sentido en que lo hace la sentencia de contraste; en repetidas ocasiones (Sentencias de 2 de abril de 1997, 8 de junio de 1997 y 27 de marzo de 2000, entre otras) se ha admitido la posibilidad de que, cuando el contrato es de interinidad por vacante y los servicios se prestan a la Administración, el contrato puede extinguirse por las causas generalmente previstas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, pero también se produce ese efecto por la causa específica de la amortización de la plaza servida. La situación de interinidad que genera el contrato de trabajo con la Administración es muy peculiar, concurriendo en ella algunas circunstancias que la diferencian de la contratación celebrada por los particulares al amparo del artículo 15.1, c) del Estatuto de los Trabajadores; aunque las partes hayan pactado que la duración del contrato queda condicionada a la provisión de las vacantes mediante la designación de trabajadores con carácter de fijos, la eficacia de tales pactos debe entenderse sometida a la condición subyacente de la pervivencia de los puestos; tal conclusión, como tenemos ya declarado, «responde a la propia naturaleza de la

relación contractual de interinidad en cuanto referida al desempeño, con carácter de provisionalidad, de un puesto de trabajo. Entenderlo de otro modo… llevaría a conclusiones absurdas ya que, o bien supondría la transformación de hecho de la interinidad en una situación propia de un contrato indefinido (pues el interino no cesa en tanto no se incorpore el titular, cuyo nombramiento no se produce por hipótesis, por entender la Administración innecesario el puesto de trabajo), o bien entrañaría la vinculación de la Administración a la provisión por un titular de un puesto de trabajo que estima innecesario y cuya supresión ha acordado. Debe entenderse, por todo ello, que la suscripción de dichos contratos de interinidad no limitan ni eliminan las facultades de la Administración sobre modificación o supresión de los puestos de trabajo».

La consecuencia lógica de optar por esta vía sería la extinción de la relación contractual existente, una extinción por causas objetivas, en aplicación del repetido artículo 52 letra c) del ET, según el cual:

«Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo. A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos».

CUARTA.- La extinción por esta vía requeriría la adopción de un acuerdo por el órgano competente en materia de personal que ha de observar los requisitos relacionados en el artículo 53 del ET, esto es, comunicación escrita al trabajador con expresión de la causa que lo motiva y la entrega, simultáneamente a esa comunicación escrita, de una indemnización correspondiente a veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

En aplicación de lo expuesto, acudimos a los pronunciamientos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14/3/2002, en parte transcrita, y así entendemos que de no admitir está interpretación, sería crear una situación antijurídica no querida por el legislador que para el caso del cese del contrato por causas objetivas no distingue entre trabajadores normales y los trabajadores que son representantes sindicales y a mayor abundamiento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30.11.2005 (ponente. Aurelio Desdentado Bonete), a cuyos efectos, viene en sostener que la preferencia o prelación del representante sindical, queda circunscrita y limitada a que en el ámbito a que se refiera: “.... haya puestos de trabajo funcionalmente equivalentes a los amortizados y, por tanto, intercambiables”.

Badajoz, septiembre de 2011

Reclamación de indemnización de daños y perjuicios relativos a contrato temporal de puestos de socorristas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Escrito del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XX, por el que solicita informe, en relación con el asunto epigrafiado en el encabezamiento, acompañando al mismo reclamación de daños y perjuicios formulada contra el mismo.

Interesada vía telefónica documentación acreditativa de la firma por el reclamante del escrito de renuncia al puesto de trabajo ".... de X de julio de agosto de 2011", al día de la fecha no ha sido remitida a esta Oficialía Mayor.

FONDO DEL ASUNTO

PRIMERO.- Conforme al artículo 178.2 b) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), "Son también incompatibles los directores de servicios, funcionarios o restante personal activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él."

Por su parte, el artículo 74 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) establece:

"1. Los miembros de las Corporaciones locales quedan en situación de servicios especiales en los siguientes supuestos:

- Cuando sean funcionarios de la propia Corporación para la que han sido elegidos.
- Cuando sean funcionarios de carrera de otras Administraciones Públicas y desempeñen en la Corporación para la que han sido elegidos un cargo retribuido y de dedicación exclusiva.
- n ambos supuestos, las Corporaciones afectadas abonarán las cotizaciones de las mutualidades obligatorias correspondientes para aquellos funcionarios que dejen de prestar el servicio que motivaba su pertenencia a ellas, extendiéndose a las cuotas de clases pasivas.

2. Para el personal laboral rigen idénticas reglas, de acuerdo con lo previsto en su legislación específica.

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

SEGUNDO.- La incompatibilidad no afecta al ejercicio del derecho de sufragio pasivo, además de que, según se lee en el Acuerdo de la Junta Electoral Central 13 de junio de 1995, "no puede presumirse jamás". Obviamente, no afecta a la presentación ni a la proclamación de candidaturas, ni a la celebración de las elecciones. Sólo se produce a

partir de la toma de posesión del cargo incompatible (Junta Electoral Central 21 de enero de 1999), pues hasta ese momento no adquiere la persona afectada la Plena condición del cargo que origina la causa de incompatibilidad.

Los artículos 108.8 y 195 de la LOREG son claros: sólo con la toma de posesión (que tiene lugar, como pronto, al vigésimo día de la celebración de las elecciones, en el supuesto de Entidades Locales Menores, el trigésimo) y el juramento o promesa de acatamiento a la Constitución, los candidatos electos adquieren la plena condición de sus cargos.

Las consecuencias prácticas de la distinción, pues, permiten al personal municipal no sólo concurrir al proceso electoral, sino también tomar posesión del cargo, pues hasta ese mismo momento no es Concejal, y, por tanto, la causa de incompatibilidad no puede existir. La incompatibilidad y algunas de sus causas son cuestión electoral, mientras que la declaración, procedimiento y efectos es cuestión de Régimen Local.

Mientras no se declare expresamente, no existe jurídicamente incompatibilidad (Acuerdo de la Junta Electoral Central de 13 de junio de 1995). El artículo 178.3 de la LOREG y 10 del ROF señalan que «cuando se produzca una situación de incompatibilidad los afectados deberán optar…». La Junta Electoral Central, en una de sus Resoluciones más reiteradas (23 de mayo de 1983, 22 de septiembre de 1986, 14 de abril de 1989, 12 de abril de 1991, 16 de febrero de 1995, 22 de enero de 1996…) ha manifestado que la declaración de incompatibilidad con el cargo de Concejal es competencia del Pleno Municipal, a tenor del artículo 10 ROF, y por tanto, no de la Administración Electoral, que únicamente manifiesta su interpretación de la normativa electoral.

TERCERO.- Una vez que el proclamado electo toma posesión se produciría, en su caso, la situación de incompatibilidad, debiendo en este caso el Pleno proceder de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre :

“1. Los concejales y diputados deberán observar en todo momento las normas sobre incompatibilidad y deberán poner en conocimiento de la Corporación cualquier hecho que pudiera constituir causa de la misma.

2. Producida una causa de incompatibilidad y declarada la misma por el Pleno corporativo, el afectado por tal declaración deberá optar, en el plazo de los diez días siguientes a aquél en que reciba la notificación de su incompatibilidad, entre la renuncia a la condición de concejal o diputado o el abandono de la situación que de origen a la referida incompatibilidad.

3. Transcurrido el plazo señalado en el número anterior sin haberse ejercitado la opción se entenderá que el afectado ha renunciado a su puesto de concejal o diputado, debiendo declararse por el Pleno corporativo la vacante correspondiente y poner el hecho en conocimiento de la Administración electoral a los efectos previstos en los artículos 182 y 208 de la Ley Orgánica 5-1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.”

Por último, en cuanto a en qué sesión plenaria debe declararse en su caso la incompatibilidad, es aceptado de forma mayoritaria por la doctrina que el Pleno no puede declarar la causa de incompatibilidad en la Sesión constitutiva de la Corporación (Acuerdo de la Junta Electoral Central de 13 de junio de 1995): no caben actuaciones automáticas e inminentes respecto a la declaración de incompatibilidad, pues debe garantizarse el derecho constitucional a la audiencia del interesado (artículo 105 c) de la Constitución. Por tanto corresponderá al Pleno del Ayuntamiento conforme al citado artículo 10 del ROF declarar, en su caso, dicha incompatibilidad en cualquier sesión posterior a la de constitución en los términos del meritado artículo 10. Y por consiguiente el concejal, ya tomada posesión del cargo podrá participar en los mismos términos que le resto de concejales en la elección de Alcalde o, incluso, ser elegido Alcalde.

Por tanto, solo si el concejal (una vez tomada posesión), y con anterioridad a la sesión plenaria en la que hubiere de tratarse sobre la concurrencia de causa de incompatibilidad, presentara ante el mismo escrito de renuncia (opción), y el Pleno se manifestara sobre la misma, esta produciría sus efectos. En otro caso, no se cumpliría con el mandato legal, como ha quedado señalado más arriba.

CUARTO.- Por último, no podemos por lo demás, entrar a valorar, cualesquiera otras cuestiones que de la reclamación se deriven, habida cuenta de que el reclamante ostenta asimismo, la condición de concejal del Ayuntamiento de xx contra el que reclama, y derivar los hechos en los que la fundamenta la reclamación en un supuesto de renuncia a un puesto de socorrista dependiente del mismo Ayuntamiento por posible incompatibilidad del desempeño del puesto con la situación de concejal. En su consecuencia y en tanto que respecto de corporativos municipales, de ese o cualesquiera otro Ayuntamiento, sean del actual o anteriores mandatos, la existencia o no de responsabilidades por los hechos por los que se reclaman y en que grado y medida pudieran haberse producido y a quien en su caso fueren imputables, pues la necesaria neutralidad e imparcialidad que guía la función que desarrolla esta Diputación Provincial en la Asistencia y Asesoramiento Jurídico a las Entidades Locales de la Provincia, y del que el funcionario que suscribe tiene encomendada su dirección técnica, le impide poder atender el asesoramiento interesado, en este punto, a fin de evitar situaciones discriminatorias en la prestación de dicha función que lo ha de ser por igual y para todas las Entidades Locales y sus corporativos actuales y/o de anteriores mandatos (Vid. Epígrafe 2.1. del Protocolo de Actuación I, de la Oficialía Mayor www.dip-badajoz.es/municipios/sael)

Badajoz, febrero de 2012

Interpretación a efectos de su cumplimiento de Convenio Interadministrativo para construcción de Centro Residencial.

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha xx.12.2011, recibido vía fax, en esta Corporación Provincial, el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento xx, solicita informe en relación con el asunto epigrafiado, adjuntando al efecto, copia de la Addenda y Convenio objeto de interpretación, informe sobre el particular del Secretario de la Corporación y documentación acreditativa de extremos referenciados en dicho informe..

Preliminar.- A salvo lo que mas adelante se dirá, y para evitar reiteración innecesaria, damos por reproducido, haciéndolo nuestro, el informe emitido por el Sr. Secretario del Ayuntamiento de xx, con fecha xx.12.2011, al que se hace referencia en los antecedentes del presente.

Único.- El principal efecto de los "convenios interadministrativos", al igual que el de los demás contratos, es el de crear obligaciones que sólo se pueden invalidar o modificar por decisión mutua de los contrayentes o por efecto de las disposiciones legales, tal y como claramente resulta de lo que dispone el artículo 1256 del Código Civil, a cuyo tenor: "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes." . Y así se advierte entonces que si en un convenio o contrato interadministrativo debidamente perfeccionado, en el cual han surgido las obligaciones correspondientes, una de las partes no cumple con los compromisos que contrajo, tal parte está obligada a responder por ello, salvo que la causa de su falta de cumplimiento encuentre justificación válida. Pero en modo alguno, la determinación del cumplimiento o no de lo pactado y con qué extensión, en el ámbito de los Convenios Interadministrativos, le está atribuida a ninguna de las Administraciones intervinientes, y por ello que pueda ninguna colocarse en situación de privilegio, a modo de "primus inter pares", de tal manera que cualquier discrepancia que pueda surgir en el normal desarrollo y ejecución de lo pactado en el Convenio, sea dilucidado, en sede judicial, pero en ningún caso, ser una de las partes, juez y arbitro de aquella.

Y más aún, pretender anudar a un retraso en la justificación documental de la ejecución de las obras – que no en la ejecución de estas - afectas al Convenio antes de una determinada fecha (30 de noviembre..... Estipulación Segunda Convenio), para poder librar la Junta de Extremadura, los fondos necesarios para abono de las certificaciones que aquellas acreditan, y caso contrario que pueda derivar dicho retraso en causa de resolución del Convenio (Estipulación Novena), y sin audiencia al Ayuntamiento, considerar motu propio, la Junta de Extremadura y unilateralmente, que dicho retraso del Ayuntamiento es incumplimiento esencial de este y que ello, pueda dar lugar al reintegro de las cantidades recibidas por el Ayuntamiento en

ejecución del Convenio, es cuando menos una interpretación arriesgada y no amparada legalmente.

De ello, cabe concluir, que estando el Convenio a que se refiere el presente, no obstante su carácter administrativo, excluido de la aplicación de la legislación de contratos del Sector público, al amparo de lo dispuesto en el artículo. 4.1..c) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre (Disposición Transitoria Primera del Real Decreto Legislativo 3/2011), si bien la controversia a que el presente se contrae se debe dilucidar ante la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo. 21 Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público)

Badajoz, enero de 2012

Sobre procedimiento a seguir para reconocimiento a los empleados públicos del Ayuntamiento del reconocimiento de la carrera profesional horizontal.

ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

Con fecha xx de febrero de 2011, tiene entrada en este Servicio escrito del Ayuntamiento de XX, mediante el que se solicita informe sobre "… posibilidad legal y procedimiento a seguir para el reconocimiento en el próximo Pleno de la carrera profesional horizontal a los empleados públicos de este Ayuntamiento."

FONDO DEL ASUNTO.

1º. El propio EBEP en su artículo 2.1, al regular su ámbito de aplicación, dispone que "... se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral ..." de las Administraciones de las Entidades Locales, para establecer a continuación, en el artículo 3.1 que "El personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local." Estos preceptos, junto con la Disposiciones Final Primera, que confiere carácter básico a todo el articulado, y Final Cuarta, "Entrada en vigor", que estable que "3. Hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto.", permiten completar el sistema de fuentes de nuestras Administraciones en materia de sus empleados públicos, del que resulta el siguiente orden:

- Estatuto Básico del Empleado Público.
- Legislación de función pública de la Comunidades Autónomas con competencias en materia de régimen local.
- Legislación de régimen local (LBRL y TRRL), que continuará vigente en todo lo que no se opongan a las anteriores.

Por lo que atañe al asunto objeto de este informe debe hacerse una última matización por la previsión recogida en el apartado 2 de la Disposición Final Cuarta del EBEP "2. No obstante lo establecido en los Capítulos II y III del Título III, excepto el artículo 25.2, y en el Capítulo III del Título V producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.", ya que es precisamente el Capítulo II del Título III el que regula la Carrera Profesional, concepto genérico que aglutina una serie de medidas entre las que se encuentra la carrera profesional horizontal. Como consecuencia de ello, debemos acudir a la normativa autonómica en materia de función pública, en concreto el TRLFPEX, que ha regulado la materia en el artículo 57, modificado por la Ley 5/2008, de 26 de diciembre.

2º. El concepto, como se ha dicho genérico, de carrera profesional se extrae del artículo 16.2 del EBEP "... es el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad." Este concepto articula una serie de medidas entre las que el apartado 3 del precepto citado prevé las siguientes: carrera horizontal, carrera vertical, promoción interna vertical y promoción interna vertical. La redacción del encabezado de la norma, "Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto regularán la carrera profesional aplicable en cada ámbito que podrán consistir, entre otras, en la aplicación aislada o simultánea de alguna o algunas de las siguientes modalidades: ...", abre por tanto un amplio abanico de posibilidades: aplicar todas las medidas, aplicar alguna de ellas o varias, regular medidas nuevas, aplicar medidas nuevas con las ya previstas en el EBEP e, incluso, no aplicar ninguna de ellas. Para esta norma carrera horizontal "... consiste en la progresión de grado, categoría, escalón u otros conceptos análogos, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo ...", concepto que comparte punto por punto el apartado 3.a) del artículo 57 de la ley autonómica.

Pese a que el artículo 17 del EBEP estable una serie de reglas tendentes a la aplicación de la carrera horizontal, hay que buscarlas en la legislación autonómica, por la remisión expresa que se continúe en el mismo y, sobre todo, por el amplísimo margen que otorga al prever su carácter potestativo junto con la posibilidad de establecer reglas nuevas. Es, por tanto, en el TRLFPEX donde hay que indagar las reglas para la aplicación de la carrera horizontal, cuyo artículo 57.3 recoge la siguiente regulación (que debemos considerar mínima a tenor del apartado b) "Las normas que se dicten en desarrollo de la presente Ley regularán la carrera horizontal de los funcionarios de carrera de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Extremadura, aplicando, al menos, las siguientes reglas: ..."), que constituirá el modelo en el que deba basarse el Ayuntamiento a la hora de establecer la carrera profesional de sus funcionarios de carrera:

".../...

z) La carrera profesional horizontal constará de cinco niveles o grados consecutivos. Para cada nivel, excepto el inicial que no será retribuido, se fijará una retribución complementaria en la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Para poder optar a los distintos niveles de carrera retribuidos el funcionario de carrera deberá acreditar el tiempo mínimo de ejercicio profesional que a continuación se señala y haber superado la evaluación correspondiente.

a) Nivel Inicial.
b) Nivel Uno: Cinco años.
c) Nivel Dos: Doce años.
d) Nivel Tres: Diecinueve años.
e) Nivel Cuatro: Veintiséis años.

f) Se valorará la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño. Podrán incluirse asimismo otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida.

g) La aplicación de la carrera profesional horizontal requerirá la aprobación previa de sistemas objetivos que permitan evaluar el desempeño de acuerdo con lo establecido en el número siguiente de este artículo.

h) La progresión en la carrera horizontal se realizará en el Cuerpo o Escala en el que el funcionario se encuentre en activo o desde el que se haya accedido, en su caso, a las situaciones de servicios especiales, excedencia por cuidado de familiares y excedencia por razón de violencia de género, computando como ejercicio profesional el tiempo efectivamente desempeñado en dicho Cuerpo o Escala o el destinado a funciones sindicales o representación de personal."

3º. El artículo 13.3.a) del EBEP, al establecer el concepto de la carrera horizontal, establece sendas remisiones al artículo 17 , comentado en el apartado anterior, y al apartado 3 del artículo 20 "La evaluación del desempeño", que se transcribe: "3. Las Administraciones Públicas determinarán los efectos de la evaluación en la carrera profesional horizontal, ..."; además el apartado 5 exige que "La aplicación de la carrera profesional horizontal, ... requerirán la aprobación previa, en cada caso, de sistemas objetivos que permitan evaluar el desempeño ..." Quiere ello decir que la implantación de la carrera profesional, lleva implícita la articulación de la consiguiente evaluación, que no es otra cosa que el procedimiento mediante el cual "... se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o logro de resultados." (segundo párrafo del apartado 1 del artículos 20.1, párrafo segundo del EBEP, y 57.4.a) del TRLFPEX) y con tal finalidad deben establecerse ineludiblemente las reglas y procedimientos para realizarla, que deberán estar fundados en los principios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación, por exigirlo así los artículo 20.2 del EBEP y 57.4.b) del TRLFPEX.

Por lo demás, cada Administración establecerá los efectos de la evaluación sobre la carrera profesional, sin que la legislación autonómica haya realizado mayor regulación al respecto que la del EBEP, ya de por sí muy parca, seguramente debido al carácter de norma básica que, como se ha dicho, tiene todo el articulado. Debe advertirse, que no hay una remisión a norma legal para el desarrollo de lo establecido en el EBEP, por lo que podrá realizarse reglamentariamente.

4º. Ni el EBEP ni el TRLFPEX regulan, como parece lógico, el procedimiento para su implantación en las Administraciones Locales, por lo que habrá que estar a las reglas contenidas en la legislación de régimen local y ello sin dejar de tener en cuenta determinados principios como previsión presupuestaria o negociación, etc., que aparecen en el articulado del EBEP.

Por lo que respecta a la previsión presupuestaria, debe tenerse en cuenta que precisamente la carrera horizontal lleva implícita la consiguiente mejora retributiva, por lo que la previsión presupuestaria de dicha mejora es indispensable, debiendo

determinar el presupuesto general la partida o partidas presupuestarias afectadas por la carrera horizontal.

La negociación colectiva es asimismo imprescindible, por venir exigida en el artículo 37.1 del EBEP: "1. Serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes: c) Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, … d) Las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño."

Por lo demás, téngase en cuenta que la negociación colectiva está sujeta a los principios de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia, por establecerlo así el artículo 33.1 del EBEP, cuyo apartado 2 exige "... la ratificación de los acuerdos alcanzados por los órganos de gobierno o administrativos con competencia para ello."

5º. En conclusión, este funcionario considera que no existe inconveniente alguno para que el Ayuntamiento de XX implante la modalidad carrera profesional horizontal de sus funcionarios de carrera, por cuanto supone el ejercicio de potestades reglamentarias y de autoorganización, para las que está facultado por el artículo 4.1.a) de la LBRL, en los términos de la autonomía institucional reconocida en el artículo 140 de la CE, autonomía que es ratificada para el caso particular de los empleados públicos de las Administraciones Locales en el artículo 3.1 del EBEP. Para ello, deberá aprobar la correspondiente regulación tanto de la carrera como de la evaluación del desempeño, debiendo prever en el presupuesto general la partida o partidas presupuestarias que contendrán los créditos correspondientes para hacer frente a la retribución que se establezca.

La aprobación del expediente, previa negociación colectiva, será acordada por el Ayuntamiento Pleno, conforme a lo dispuesto en el artículo 22.2, por tener atribuidas las competencias en materia de reglamentos y ordenanzas (apartado d) y fijación de la cuantía de las retribuciones complementarias fijas y periódicas de los funcionarios (apartado I), no obstante el carácter "especial" de esta retribución.

Badajoz, marzo de 2011.

Requerimiento de anulación de la OEP por la Junta de Extremadura

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha X.02.11 con registro de entrada en Diputación el X 02.11y entrada en nuestro servicio el X.02.11, el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento XX, solicita informe en relación con el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente:

"Se ha publicado la Oferta de Empleo Público y se ha impugnado por la Junta de Extremadura. Se adjunta copia del escrito de la impugnación y la Oferta de Empleo Público. Actualmente existen cinco auxiliares administrativos y ningún administrativo."

FONDO DEL ASUNTO:

Tras un estudio en profundidad de las consideraciones jurídicas que aparecen en el requerimiento efectuado por la Junta de Extremadura para que desde el Ayuntamiento se anule la Oferta de Empleo Público, por el Servicio de Asesoramiento y Asistencia Jurídica, Económica y Contable a las EELL-Oficialía Mayor , hemos de manifestar lo siguiente:

PRIMERO .-

La cuestión que debemos dilucidar en el informe es si a día de hoy existe límite de reserva de plazas para promoción interna en la selección de funcionarios de la Admón Local (en el presente, del Subgrupo C2 al C1), y en su caso, si desaparecido éste, el hecho de prever en una OEP todas las plazas de funcionario por promoción interna, puede ir en contra de los estipulado en nuestra Carta Magna y del resto del ordenamiento jurídico.

SEGUNDO.-

La legislación local sobre funcionarios locales continuamente hace remisiones a la estatal básica, con lo cual nos está diciendo cual es el régimen jurídico aplicable en asuntos concretos. Ejemplo de ello son:

-Artículo. 90.2 párr. 2º LBRL: "Corresponde al Estado establecer las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse las relaciones de puestos de trabajo, la descripción de puestos de trabajo tipo y las condiciones requeridas para su creación, así como las normas básicas de la carrera administrativa , especialmente por lo que se refiere a la promoción de los funcionarios a niveles y grupos superiores .

Debemos tener en cuanta que el Artículo. 22.1 Ley 30/84 es básico para todas las AAPP, como más adelante veremos.

-El Artículo. 128 TRRL: "Las Corporaciones Locales aprobarán y publicarán anualmente, dentro del plazo de un mes desde la aprobación de su Presupuesto, la oferta de empleo público para el año correspondiente, ajuntándose a la legislación básica del Estado sobre función pública y a los criterios que reglamentariamente se establezcan en desarrollo de la normativa básica estatal.....

-El Artículo. 129 TRRL: "Corresponde al Gobierno, a propuesta del Ministro de Administración Territorial: c) establecer las normas básicas específicas de la carrera administrativa, especialmente en cuanto se refiere a la promoción y movilidad;
-El Artículo 133 TRRL: "El procedimiento de selección de los funcionarios de las Administración local se ajustará a la legislación básica del Estado sobre función pública".
Pero por otro lado, la Disp. Final Séptima TRRL dice: "En las materias reguladas por los títulos VI y VII se inferirá el carácter básico de sus preceptos según disponga la legislación estatal vigente en aquéllas. En todo caso tendrá carácter básico los Artículo. 151.a), 167 y 169.
Esto último provoca gran confusión, por lo que diremos a continuación
En efecto, de todo lo anterior, poniendo en relación este articulado con los susodichos Artículos. 134.1 y 169.2 b) TRRL y el Artículo. 22 Ley 30/84 LMRFP, de la STS de 3 de febrero de 1997 resulta lo siguiente:
"Sexto...
13º) Artículo. 169.2b) que establece una reserva del 50% de los puestos de trabajo existentes para la promoción interna en la Subescala Administrativa, en favor de los funcionarios de la Subescala de Auxiliares de la Administración General, que posean la titulación indicada, y cuenten con cinco años de servicios en la Subescala.
Se indica que este artículo, al establecer porcentajes rígidos para la promoción interna, resucita una disposición que DEBE ENTENDERSE DEROGADA POR LA LEY 30/1984 y que resulta contradictoria con el Artículo. 134 del propio TR.
En relación con el primer punto, baste decir que la legislación estatal es supletoria -salvo en los casos en que la local se remite a ella expresamente, como en alguno de los supuestos vistos con anterioridad- de la local, por lo que en lo previsto en ésta su prevalencia resulta del Artículo. 1 de aquella Ley. El segundo punto ha sido tratado en sentido desestimatorio por la Sentencia de esta Sala de 19 de diciembre 1990, al señalar que de existir esa contradicción podría resolverse por técnicas distintas de la anulación judicial, como la distinción norma general y norma especial, y en cualquier caso no supone extralimitación alguna de de la norma habilitante. Argumentos que aquí reproducimos.
Además la STC de 11 de junio de 1987 establece, entre otras cuestiones, lo siguiente en relación al ámbito de aplicación del Artículo. 1.3 Ley 30/84 LMRFP.
"b) En segundo lugar, el argumento de que el artículo. 1.3 de la Ley no puede contener normas básicas respecto de las Entidades locales o Función Pública local tampoco es viable, pues las competencias exclusivas reconocidas al Estado por el artículo. 149.1.18 para normar lo básico se refiere a todo el ordenamiento institucional, «a todas las Administraciones Públicas» (SSTC 25/1983, de 7 de abril, fundamento jurídico 4.°, y 76/1983, de 5 de agosto, fundamento jurídico 38). No se trata, de un lado, de una Ley de Bases del Régimen Local la que aquí se impugna; y de otro es claro que el desarrollo, en su caso, de las normas básicas que se establecen, puede competir a la Comunidad Autónoma respectiva en el ámbito que le corresponda.

Todo lo anterior refuerza lo manifestado más arriba en relación al Artículo. 22.1 Ley 30/84 en el sentido de ser básico para todas las AAPP, vistas las remisiones que se hacen desde la legislación local ,así como, vistas las Sentencias anteriores.
Por tanto, como decíamos, esa remisión que desde la legislación local se hace a la Estatal hay que entenderla referida también a las cuestiones de promoción interna, es decir, al Artículo. 22.1 Ley 30/84 LMRFP, siendo este de aplicación.
TERCERO.-
Si bien es cierto que lo referido en el EBEP (Disp. Final Cuarta) sobre promoción interna es de aplicación diferida , no es menos cierto que la derogación que hace dicho Estatuto del Artículo. 22,1 Ley 30/84, es una derogación también de aplicación diferida en el tiempo, estando en vigor al día de hoy. Por ello debemos traer a la memoria que es legislación básica estatal, aplicable a todas las AAPP, por un lado el EBEP en aquello que sea de aplicación directa ahora; por otro la Ley 30/84 en aquellos preceptos aún aplicables en estos momentos, como el susodicho Artículo. 22.1 Ley 30/84 LMRFP. Y estas legislaciones básicas estatales no se pueden desconocer por la legislación local. Cabe recordar además lo manifestado antes respecto a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1987
CUARTO.-
Entendemos que la selección de los funcionarios locales comienza, no ya eligiendo el sistema selectivo del Artículo. 61.6 del EBEP, sino también señalando la forma de acceso: bien el turno libre o la promoción interna (que sería un turno restringido), porque de alguna manera se está condicionando de antemano quien puede participar en ese futuro proceso selectivo.
Como hemos dicho más arriba, la desaparición de la reserva de plazas del 50% para promoción interna que establece el Artículo. 22.1 Ley 30/84 (operada por ley 23/88) quitó ese límite anterior. No cabe duda que el presente Artículo. es básico del régimen estatutario de los funcionarios públicos, dictado al amparo del Artículo. 149.1.18ª de nuestra Ley de Leyes, y en consecuencia aplicable al personal de todas las Administraciones Públicas. Así de taxativo es el Artículo. 1.3 de la Ley 30/84. Debemos nuevamente remitirnos al extracto de la STC de 11 de junio de 1987, más arriba señalada.
Lo que cabe pensar en un posible “lapsus del legislador” al mantener el límite del 50% del Artículo 134 (potestativo) y 169.1b) (preceptivo, del TRRL, modificado éste último por Ley 53/2002) . “Odiosa sunt restringenda, et favorabilia sunt amplianda”(Lo que es desfavorable se debe restringir, lo que es favorable se debe ampliar)
Nuestra jurisprudencia entiende corregido el Artículo. 134 TRRL por el 22.1 Ley 30/84 en Sentencias del Tribunal Supremo de 20 enero de 1992 y 19 de noviembre de 1992. pero es nuevamente la Ley 53/2002 quien en su Artículo. 60 , modifica la Disposición Final Séptima del TRRL, en el sentido de que en todo caso tendrán el carácter de básico los Artículos. 167 y 169con lo que ,como decíamos, provoca gran confusión. Por ello la cuestión debe aclararse en el sentido del presente informe, con el refuerzo

de la jurisprudencia señalada, tanto del Tribunal Supremo, como del Tribunal Constitucional.

QUINTO.-

Además, al hablar de promoción interna del Subgrupo C2 al C1 es aplicable la Disp. Adicional Vigésimo Segunda de la Ley 30/84-no derogada por el EBEP- en relación con el Artículo. 25 de la Ley 30/84 . Dice textualmente el último párrafo de esta Disposición que: "La presente disposición tiene el carácter de base del régimen estatutario de los funcionarios públicos, dictada al amparo del Artículo. 149.1.18ª de la Constitución). Dicha Disp. 22ª viene referida a titulaciones exigidas o tiempo de antigüedad para poder participar en estas promociones internas del Subgrupo C2 al C1, -denominados así ahora por el Artículo. 76 EBEP en relación a la Disp. Transitoria 3ª de dicho Estatuto- (Sigue diciendo dicha Disposición 22ª:"A estos efectos se requerirá la titulación establecida en el artículo 25 de esta Ley o una antigüedad de diez años en un cuerpo o escala del grupo D, o de cinco años y la superación de un curso específico de formación al que se accederá por criterios objetivos"). Por tanto, si es de aplicación al ser básica, por los mismos motivos anteriormente señalados, no puede desconocerse ahora, vistos los argumentos esgrimidos, la no aplicación del Artículo. 22.1 (en relación a la desaparición de la reserva de plazas del 50% para promoción interna) por la Admón Local, basándose en la vigencia bien del Artículo. 134.1, bien 169.2 b) del TRRL. Y ello en base a lo dispuesto en el Artículo. 2.2 del Código Civil: "Las leyes se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga, y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado"

SEXTO

Para aclarar más el asunto que nos ocupa, podríamos acudir al principio de jerarquía normativa para establecer un orden de prelación en la aplicación de las normas, con el fin de aclarar nuestra cuestión de fondo: si la desaparición del límite del 50% de reserva de plazas para promoción interna (Artículo. 22.1 Ley 30/84 LMRFP, operada por Ley 23/88) hay que entenderla aplicable a la legislación local (Artículos 134 y 169.2b) TRRL). Y así hay que verlo, no ya sólo por la Jurisprudencia reflejada anteriormente (Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de fechas: 20.01.1992 y 19.10.1992., mas la del TC de 11.06.87) sino porque aquello que es legislación básica estatal en la Ley 30/84 MRFP es de aplicación a todas las AAPP sin distinción (Artículo. 1 Ley 30/84, ámbito de aplicación. Punto 3: Bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, dictadas al amparo del Artículo. 149.1.18ª de la Constitución- que contempla entre otros, al Artículo. 22,1, y en consecuencia aplicables al personal de todas las AAPP. También la Disp. Adicional Vigésima Segunda.)

Además cabe traer a colación también para reforzar nuestro parecer al respecto, el Artículo. 4 LBRL: "En su calidad de AAPP de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, corresponden en todo caso a los Municipios: a) Las potestades reglamentaria y de autoorganización; c)La potestad de programación o planificación (que en nuestro caso se entiende referida a la planificación de los RRHH. Amen del

Artículo 140 Constitución en cuanto a la autonomía local, por supuesto siempre que ésta no infrinja el ordenamiento jurídico.

SÉPTIMO.-

Conviene reflejar en el presente las consultas relacionadas con el asunto emitido por empresas especializadas, por todos conocidas, en la que resaltamos, bien en negrita, bien con subrayado, aquellas partes que nos parecen interesantes:

El primer documento es una consulta de la empresa "El Consultor de los Ayuntamientos". Cabe indicar que los párrafos que señalamos en negrita y subrayado han sido plasmados literalmente en la consideración jurídica primera de la Resolución de la Consejería de Agricultura y Desarrollo Rural de la Junta de Extremadura:

No existe la reserva del 50% de las plazas para la promoción interna.

REDACCION DE EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS

El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados Nº 23, Quincena 15 - 29 Dic. 2007, Ref.º 3832/2007, pág. 3832, Tomo 3

Antecedentes.—

En este ayuntamiento se tramita expediente de selección de personal funcionario de administración general, subescala administrativo por promoción>> <<interna>> y libre. La RPT contempla tres plazas vacantes: dos de <<promoción>> <<interna>> y una de turno libre. Se plantean varias cuestiones: ¿es necesario que exista al menos una plaza de turno libre? ¿Es posible convocar las plazas en procesos separados sin que exista acumulación de las plazas no cubiertas? ¿Se quebrantarían los principios de mérito y capacidad por la existencia de dos candidatos únicos para cubrir las dos plazas de <<promoción>> <<interna>> ?

Contestación.—

El tema de la <<promoción>> <<interna>> suele ser tratado por las distintas leyes de la función pública, ya que se conceptúa como un derecho de los <<funcionarios>> a la carrera administrativa. Pero frente a este derecho debe hacerse valer el derecho de acceso a la función pública por medio de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Así, en la Ley 7/2007, de 12 de abril (EC 1596/2007), del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), en el artículo. 18 se regula la <<promoción>> <<interna>> . Sin embargo, dicho artículo está incluido en el capítulo II del Título III, «Derecho a la carrera profesional y a la <<promoción>> <<interna>> . La evaluación de desempeño», de vigencia diferida, por lo que seguiremos aplicando la normativa anterior.

Hemos de acudir a la Ley 7/1985, de 2 de abril (EC 404/1985), Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), artículo. 90, y al artículo. 134 del Texto Refundido de Régimen Local (TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (EC 535/1986), que establece, sobre los procesos selectivos, que «Las convocatorias serán siempre libres. No obstante, podrán reservarse para <<promoción>> <<interna>> hasta un máximo del 50 por 100 de las plazas convocadas para <<funcionarios>> que reúnan la titulación y demás requisitos exigidos en la convocatoria».

El propio artículo establece la normativa aplicable, que será la citada normativa local y, en lo no previsto en ella, la reglamentación que para el ingreso en la función pública establezca la respectiva comunidad autónoma, y, supletoriamente, la normativa para la selección de los <<funcionarios>> del Estado.

Como ya hemos apuntado anteriormente la <<promoción>> <<interna>> es el medio idóneo para efectuar la auténtica carrera administrativa, de forma que el funcionario puede llegar a alcanzar el Grupo A por medio de la superación de las correspondientes pruebas selectivas. Se trata de un auténtico derecho de los <<funcionarios>> de carrera que requiere como paso previo que exista una plaza vacante del subgrupo correspondiente, pero, además, que la institución decida que se provea de esta forma concreta.

Aunque en un primer momento se previeron unos porcentajes de reserva de plazas para <<promoción>> <<interna>> en el antiguo artículo. 22 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto (EC 1114/1984), de Medidas para la reforma de la Función Pública, pronto se modificó éste, por Ley 23/1988 de 28 de julio (BOE del 29), que hizo desaparecer la reserva mínima de vacantes para la <<promoción>> <<interna>> (artículo.1), LO CUAL AFECTA, LÓGICAMENTE AL TRRL. Pero esto no quiere decir que se pueda reservar el 100% de las plazas.

En STS de 20 de enero de 1992 (EC 675/1994) se dice, sobre la vigencia del límite del 50%, que «Superadas las objeciones formales, entraremos a continuación a examinar el problema sustantivo, consistente en la contradicción entre el hecho de que todas las plazas hayan sido atribuidas al sistema de <<promoción>> <<interna>> , mientras que el precepto contenido en el artículo 134-1 del Real Decreto Legislativo 781/1986 limita esta posibilidad al 50 por ciento de las convocadas, lo que nos obliga, como primera cuestión, a determinar la vigencia de esta norma, teniendo en cuenta que la Ley 23/1988, de 28 de julio, ha dado nueva redacción al apartado primero del ARTÍCULO 22 DE LA LEY 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, la cual, en su artículo 1-3, considera a aquel apartado como una de las bases del régimen estatutario de los <<funcionarios>> públicos, dictadas al amparo del artículo 149-1-18 de la Constitución y, en consecuencia, aplicables al personal de todas las Administraciones Públicas. Conforme al texto anterior a la Ley 23/1988, la reserva a <<promoción>> <<interna>> estaba limitada hasta un 50 por 100 de las vacantes convocadas, LÍMITE QUE HA DESAPARECIDO EN LA NUEVA REDACCIÓN, lo que nos obliga a fijar la incidencia que el nuevo texto pueda tener en el precepto invocado por el Abogado del Estado para fundar su recurso». Sobre la posibilidad de reserva del 100% de las plazas se pronuncia diciendo que «En este sentido es de notar que el criterio fundamental sobre el que se monta el sistema legal de selección del personal de las Administraciones Públicas es el de las pruebas libres, siendo éste además, el que mejor extiende, en razón de su propia amplitud subjetiva, LOS CITADOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE IGUALDAD, CAPACIDAD Y MÉRITO. Esto no excluye, sin embargo, que los mismos no se respeten en los casos de <<promoción>> <<interna>> , aun cuando ésta, por propia definición, alcance a menos sujetos. Por eso en la Ley este sistema aparece como un simple mandato dirigido a "facilitarla",

nunca a sustituir plenamente a las formas ordinarias y obligadas de acceso, que son las libres. En este sentido, aunque se haya prescindido de fijar un expreso límite numérico a las vacantes susceptibles de ser reservadas a <<promoción>> <<interna>> en cada convocatoria, sin embargo la interpretación sistemática de la Ley impone que NO SE DESCONOZCA EN ABSOLUTO EL PRINCIPIO GENERAL DE LAS PRUEBAS LIBRES DE ACCESO, DE MODO QUE EN EL CONJUNTO DE LAS CONVOCATORIAS PARA DETERMINADAS ESCALAS Y CUERPOS APAREZCAN SUFICIENTES PLAZAS EXCLUIDAS DE LA <<PROMOCIÓN>> <<INTERNA>> como para que pueda aceptarse que aquel principio legal ha sido debidamente respetado». En el mismo sentido se pronunció la STS de 19 de noviembre de 1992 (EC 2628/1994).

En el caso concreto que nos plantea entendemos que deben aplicarse las mismas consideraciones legales efectuadas hasta este instante.

No es posible la reserva del 100% de las plazas de administrativos para auxiliares por <<promoción>> <<interna , lo cual quiere decir que debe sacarse un procedimiento selectivo donde se establezcan unas plazas para turno libre y otras para turno restringido.

Es posible establecer dos convocatorias de oposiciones diferenciadas, de forma que unas no acrezcan a las otras pero conviene una cierta simultaneidad de forma que quede patente la voluntad de la corporación de cumplir los límites de plazas libres.

El segundo documento es una consulta evacuada por la empresa derecho local de fecha 16.04.10 que pasamos a reproducir:

Existe la limitación para convocar plazas para su provisión mediante promoción interna? ¿Puede convocarse una única plaza vacante denominada "Ingeniero de Edificación" mediante este sistema?

La Ley 23/1988, Ley 23/1988, de 28 de julio, de Modificación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Publica. de 28 de julio, modificó el artículo. 22 artículo.22 Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en adelante LMRFP, haciendo desaparecer la reserva mínima de vacantes para la promoción interna que hasta entonces contemplaba dicho precepto. Dicha modificación afectó igualmente al RDLeg 781/1986, 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. de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, TRRL, cuyo artículo. 134.1 aún sigue manteniendo la limitación de reserva para promoción interna al 50 por 100 como máximo de las plazas convocadas.

Así lo estableció el TS en su Sentencia de 20 de enero de 1992, STS Sala 3ª de 20 enero 1992 El TS estima el rec. de apelación interpuesto por el Abogado del Estado contra sentencia dictada sobre aprobación de convocatoria y bases del concurso-oposición para cubrir dos plazas de administrativo por el sistema de promoción interna, ya que aunque se haya prescindido de fijar un expreso límite numérico a las vacantes susceptibles de ser reservadas a promoción interna en cada convocatoria, sin embargo, la Ley impone que no se desconozca el principio general de las pruebas

libres de acceso, de modo que en el conjunto de las convocatorias para determinadas Escalas y Cuerpos aparezcan SUFICIENTES plazas excluidas de la promoción interna como para que pueda aceptarse que aquel principio legal ha sido debidamente respetado. En este caso resulta indudable que para su debido cumplimiento al menos una de las plazas debió ser convocada en acceso libre en la que determinó que al haber sido dictado el TRRL al amparo de la Disp Final 1ª de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, LRBRL, que autorizaba al Gobierno para refundir en un solo texto las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, y teniendo en cuenta que entre éstas, por su naturaleza básica, se encontraba el artículo. 22.1 LMRFP, artículo.22.1 Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública la variación de dicha Ley implica también la del texto que se había limitado a reproducir el sentido de uno de sus preceptos. Y, aunque la redacción actual del artículo. 22.1 LMRFP Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública no recoge ya la limitación, eso no quiere decir que puedan convocarse la totalidad de plazas a promoción interna, por cuanto el "criterio fundamental sobre el que se monta el sistema legal de selección del personal de las Administraciones Públicas es el de las -pruebas libres, siendo éste además, el que mejor extiende, en razón de su propia amplitud subjetiva, los citados principios constitucionales de igualdad, capacidad y mérito. Esto no excluye, sin embargo, que los mismos no se respeten en los casos de promoción interna, aun cuando ésta, por propia definición, alcance a menos sujetos. Por eso en la Ley este sistema aparece como un simple mandato dirigido a "facilitarla" nunca a sustituir plenamente a las formas ordinarias y obligadas de acceso, que son las libres".

En el mismo sentido se expresó el TS en su Sentencia de 19 de noviembre de 1992, STS Sala 3ª de 19 noviembre 1992 Recurso de apelación interpuesto contra anulación del acuerdo del Ayuntamiento de Alcázar de San Juan (Ciudad Real), sobre convocatoria y bases de concurso-oposición para cubrir dos plazas de oficiales jardineros por el sistema de promoción interna; el TS, aceptando los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, lo desestima. Infracción del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. Improcedencia de convocatoria con reserva del total de vacantes para promoción interna.

...disponiendo que "resulta evidente que la antigua limitación del 50 por 100 ha sido suprimida, pero ello no autoriza a que la totalidad de las plazas convocadas, como ocurre en el presente caso, se provean por promoción interna, YA QUE DICHA CIRCUNSTANCIA PUDIERA REPUTARSE CONTRARIA AL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO. 23 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA". Para los magistrados del Tribunal Supremo la normativa general impone la provisión de las plazas mediante el sistema de convocatoria libre, y admite que concurra junto a él el sistema de promoción interna, pero ello no significa que éste se imponga de forma exclusiva, pues representa una excepción al general de convocatoria libre de las plazas no cubiertas por concurso.

Por lo tanto, no puede convocarse una única plaza vacante denominada "Ingeniero de Edificación" mediante promoción interna, pues, existiendo solamente una plaza, ésta debe cubrirse necesariamente por convocatoria libre. Si la intención del Ayuntamiento es facilitar el acceso por promoción interna de uno de sus funcionarios, no le quedará más remedio que crear más de una plaza de la misma categoría en la plantilla, para hacer concurrir conjuntamente las convocatorias libre e interna.

En definitiva, si en la Corporación Local existen funcionarios que se encuentren en el Grupo o Subgrupo inmediatamente inferior a aquél asignado a las plazas vacantes, han prestado servicios efectivos en éstos durante al menos dos años, tienen la titulación académica necesaria para acceder a las mismas y cumplen con el resto de requisitos legales, pueden acceder a ellas mediante promoción interna, pero, siempre y cuando, como ya hemos dicho anteriormente, dichas plazas no se reserven en exclusiva para estos empleados públicos y concurran con convocatorias libres para su provisión

La siguiente consulta fue evacuada por la empresa “Es Público” Pasamos a reproducir las cuestiones más interesantes:

Estaría vigente para la Administración Local el artículo 169.2 del Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, en cuanto al hecho de que sea obligatorio en la promoción interna del grupo D al C (o las equivalencias actuales) la reserva del 50% de los puestos de trabajo existentes para los miembros pertenecientes a la subescala de Auxiliares de la Administración General que posean la titulación indicada y cuenten con cinco años de servicios en la subescala?.

Por el contrario, ¿estaría únicamente vigente lo establecido en el artículo 22.1 de la Ley 30/1984 o para ser más exactos (por estar derogado ya el citado artículo) lo establecido en el artículo 18.2 del Estatuto Básico del Empleado Público?

…..Esta existencia de un límite porcentual choca con la reforma introducida por la Ley 23/1988, en el artículo 22 de la LRFP, que suprime el porcentaje del 50%, en aplicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1987, aunque el Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de enero de 1992, ha matizado dicha supresión de porcentaje máximo para promoción interna, en el sentido de que debe interpretarse la misma de una manera prudente y racional, ya que de lo contrario estaríamos ante una práctica endogámica que frustraría el cumplimiento de los principios constitucionales de acceso a la función pública, si se interpretasen de un modo tan amplio.

….Por todo ello y atendiendo por un lado a la especificidad del acceso del Grupo C al D, por otro al contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1987 y por último a que el Estatuto Básico del Empleado Público no deroga la citada Disposición Adicional Vigésimo Segunda de la LRFP y ésta tal y como ella mismo dice tiene el carácter de base del régimen estatutario de los funcionarios públicos, dictada al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución, entendemos habrá que estar a lo dispuesto en la citada Disposición Adicional, entendiendo no aplicable el artículo 169.2 del TRRL en lo relativo a la reserva del 50%.

De la siguiente consulta, también de la empresa Es. Público, pasamos a reproducir lo más destacable:

Consulta

Existen dos plazas vacantes de la subescala administrativa, en la Plantilla de 2006, se pretenden crear otras 2 para el 2007. Cuando se efectúe la convocatoria se quieren cubrir las 4 plazas por promoción interna ¿Se pueden proceder de esta manera o cómo máximo es el 50% para promoción interna?

El indicado artículo 22 de la LRFP tiene carácter básico en su apartado 1, a excepción de sus dos últimos párrafos, y dispone que....

Según el artículo 134 del Texto Refundido de Disposiciones Vigentes en Materia de Régimen Local, en la Administración Local las convocatorias serán siempre libres y, no obstante, se podrán reservar para promoción interna hasta un máximo del 50% de las plazas convocadas para funcionarios que reúnan la titulación y demás requisitos exigidos en la convocatoria. Esta existencia de un límite porcentual choca con la reforma introducida por la Ley 23/1988, en el artículo 22 de la LRFP, que suprime el porcentaje del 50%, en aplicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1987, aunque el Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de enero de 1992, ha matizado dicha supresión de porcentaje máximo para promoción interna, en el sentido de que debe interpretarse la misma de una manera prudente y racional, ya que de lo contrario estaríamos ante una práctica endogámica que frustraría el cumplimiento de los principios constitucionales de acceso a la función pública, si se interpretasen de un modo tan amplio.

Visto lo anterior podemos concluir que en este caso no sería prudente convocar la totalidad de las plazas por promoción interna, pues el propio Tribunal Supremo en la sentencia citada declara más adelante que lo sentenciado no autoriza la reserva de todas las vacantes al turno de promoción interna, por cuanto supone desconocer de forma absoluta el principio general de acceso a la función pública, como ya hemos dicho anteriormente.

CONCLUSIONES

Visto todo lo reflejado en el presente informe podemos concluir que no es posible sacar las 5 plazas de administrativo por promoción interna, debiendo dejarse alguna o algunas para el turno libre y con ello salvaguardar los principios constitucionales antes referidos, así como para no desconocer el sistema de acceso a la función publica a través del turno libre.

Por otro lado el Ayuntamiento tiene, en relación al requerimiento efectuado desde la Admón. Autonómica las siguientes opciones: a) contestarlo y atender su exigencia, previa audiencia de los interesados; b) rechazar el requerimiento por las razones que estime pertinente; c) no contestarlo, usando la facultad del silencio.

La Admón Autonómica, en su caso, podrá impugnar la OEP del Ayuntamiento de XX ante la jurisdicción contencioso-administrativa, desde el día siguiente al que venza el plazo concedido al Ayuntamiento o, en su caso, al de recepción de la comunicación del Ayuntamiento rechazando el requerimiento. Pero de conformidad con la STS de 14.10.1992: “En ninguna caso la Administración Estatal o Autonómica podrá

suspender la efectividad del acto, sólo tienen esa potestad los Tribunales de Justicia, sea cual sea la materia sobre la que trate el acto a impugnar.

Badajoz febrero de 2011

Impugnación de bases de selección de coordinador administrativo. (contrato laboral temporal)

ANTECEDENTES DE HECHO

En dicha petición de informe, figura como documentación que se acompaña las bases de selección y el recurso de reposición presentado contra dichas bases

FONDO DEL ASUNTO:

INTRODUCCIÓN.

Según la R.A.E. "coordinar" tiene como acepción la de "Concertar medios, esfuerzos, etc., para una acción común". De la literalidad del puesto de trabajo ofertado mediante contrato temporal (coordinador administrativo) y trasladando el significado señalado al supuesto concreto, sería algo así como componer, ordenar o ajustar medios y empleados públicos con cometidos administrativos para esa acción común.

El puesto de trabajo así ofertado, estaría más bien relacionado con tareas o cometidos asignados a funcionarios que propios del personal laboral, como se desprende no sólo del nombre asignado al mismo, "coordinador administrativo", sino que el propio EBEP parece preferir la clasificación de puestos relacionados con tareas administrativas para personal funcionario en detrimento del personal laboral y así se deduce no solo, de su exposición de motivos cuando dice "..sin bien por imperativo constitucional no puede ser éste-contratación de personal laboral- el régimen general de empleo público en nuestro país, ni existen razones que justifiquen hoy una extensión relevante de la contratación laboral en el sector público...", sino también del propio Artículo. 15.1 c) Ley 30/84, que actúa con carácter supletorio al hablar de puestos desempeñados por funcionarios y por laborales. Por otro lado, no hay nada expresamente regulado para la selección de personal laboral temporal en las AAPP, salvo lo referido a las listas de espera o bolsas de trabajo que se deben formar al seleccionar a los laborales fijos.

Con independencia de lo anterior y de las razones esgrimas por la reclamante, así como otras que le pudieran asistir(que las hay), es preciso tener en cuenta, que la decisión del Ayuntamiento de exigir esa titulación en las bases, encuentra a nuestro entender fundamentos para su justificación en:

a) La potestad de autoorganización y planificación del Artículo. 4 LBRL. La planificación entendida como de RRHH y estructuración de los mismos (Artículo. 69 y 72 del EBEP- Por ejemplo, señala primero que 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.). Manifestación de esas dos potestades es la discrecionalidad del Ayuntamiento (que no arbitrariedad) a la hora de exigir cierta titulación en las bases. Quien mejor conoce lo que se requiere de titulación para ejercer ese puesto de trabajo temporal, es el propio Ayuntamiento.

b) La autonomía local reconocida en el Artículo. 140 Constitución y en la propia Carta Europea de la Autonomía Local (Artículo. 4 Alcance de la autonomía local; Artículo. 6 adecuación de las estructuras y de los medios administrativos a los cometidos de las EELL. etc.)

c) La discriminación positiva, así recogida en la STC 281/1993 la cual señala entre otras cuestiones que "El derecho fundamental reconocido en el Artículo. 23.2 CE(dcho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, en relación con el Artículo. 14 de la misma) no es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral por parte de las AAPP,

CONCLUSIÓN

Tanto los argumentos esgrimidos por la reclamante en su recurso de reposición (y otros que le pudieran asistir) como los mencionados en el presente informe en defensa del Ayuntamiento, están perfectamente justificados y son defendibles desde el punto de vista de la interpretación del derecho y, por tanto, serían los tribunales, en su caso, quienes se tendrían que pronunciarse. No obstante lo anterior, de lo manifestado en el presente informe, el Ayuntamiento tiene base jurídica suficiente para no darle la razón a la reclamante en la contestación al recurso de reposición que debe hacer.

Badajoz, noviembre 2011

Procedimiento adecuado para la conversión de trabajadores laborales temporales en fijos

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha XX.07.11 con registro de entrada en la Oficialía Mayor el XX.07.11, el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XXX, solicita informe en relación con el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente:

"Existiendo en este Ayuntamiento CINCO trabajadores laborales, los cuales fueron contratados por contrato temporal, mediante el procedimiento de selección correspondiente, cumpliéndose los principios de publicidad, mérito y capacidad, dado el tiempo que llevan trabajando en este Ayuntamiento y en virtud de lo establecido en el Artículo. 1.3 del Real Decreto Ley 10/2010.

Ruego se informe cual es el procedimiento adecuado para que estos trabajadores adquieran la condición de FIJOS.

FONDO DEL ASUNTO:

PRIMERO

Vistas las pretensiones del Ayuntamiento que no son otras que hacer fijos a dichos trabajadores para el caso que se halla cumplido lo estipulado legalmente (Artículo. 15.1 o Artículo. 15.5 ET), como primera opción, procedería dictar los Decretos oportunos desde la Alcaldía reconociendo la fijeza de dichos trabajadores en base al mandato legal del Artículo. 15.9 ET, en redacción dada por la Ley 35/2010 y el R. D. Ley 10/2010. El citado precepto explicita que : En los supuestos previstos en los apartados 1.a) y 5, el empresario deberá facilitar por escrito al trabajador, en los diez días siguientes al cumplimiento de los plazos indicados, un documento justificativo sobre su nueva condición de trabajador fijo de la empresa. En todo caso, el trabajador podrá solicitar, por escrito, al Servicio Público de Empleo correspondiente un certificado de los contratos de duración determinada o temporales celebrados, a los efectos de poder acreditar su condición de trabajador fijo en la empresa. El Servicio Público de Empleo emitirá dicho documento y lo pondrá en conocimiento de la empresa en la que el trabajador preste sus servicios.

SEGUNDO

No obstante lo anterior, debemos de tener en cuenta el Disp. Adic. Decimoquinta del E.T. A saber:

1. Lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados y en el artículo 15.5 sobre límites al encadenamiento de contratos de esta Ley 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, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable.

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 empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

Por tanto, la salvaguarda de esos principios constitucionales para el acceso a la función pública prevalece sobre condición de fijeza de dichos trabajadores obtenida vía Artículo. 15. 9 ET.

TERCERO

De lo anterior cabe señalar la existencia de una obligación (a través de esos "procedimientos ordinarios") por la cual se tienen que celebrar los correspondientes procesos selectivos, con lo que debemos remitirnos dentro de esta 1ª opción, a la legislación básica aplicable que no es otra que el EBEP, cuyo Artículo. 61.7 establece que los sistemas selectivos del personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, o concurso de valoración de méritos. De ello cabe señalar que dicho Artículo. que permite una discrecionalidad para cualquier Admón Pública en la elección del sistema selectivo para el personal laboral, contemplándose el concurso de valoración de méritos junto con la oposición y el concurso-oposición.

Lo anterior pone en marcha todo el "iter procedimental" que representa la celebración de un proceso selectivo. A saber:

1º Aprobación definitiva del Presupuesto.

2º A través del anterior, fijación y aprobación de la Plantilla y la RPT, con remisión de copia al Estado y a la Comunidad Autónoma en los 30 días siguientes y publicación en BOP junto con el resumen del Presupuesto.

3º Aprobación de la Oferta de Empleo Público por el Alcalde en un mes desde la aprobación del Presupuesto y publicación en BOE (obligatoria) o DOE y en su caso en BOP.

4º Aprobación de las bases de las pruebas selectivas y de la convocatoria por el Alcalde con publicación en el Boletín correspondiente (BOP)

5º plazo de solicitudes: 20 días naturales desde día siguiente a la publicación del extracto de la convocatoria en el BOE. Cerrado éste, en 1 mes lista provisional de admitidos y excluidos en BOP, con 10 días para subsanación de errores. En 15 días máx. desde conclusión del plazo anterior, lista definitiva en BOP de aspirantes, lugar y fecha inicio del procedimiento de selección, componentes del Tribunal, orden de actuación de aspirantes, etc.....

CUARTO.

La segunda opción es la de consolidación del empleo temporal de la Disp. Transitoria Cuarta del EBEP. Es una potestad de las AAPP destinada a conseguir no ya la estabilidad en el empleo sino la fijeza de aquellos empleados públicos que no la tienen. Pero esa consolidación de empleo tiene que tener unos requisitos:

-Está indicada para puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, clases o categorías, que estén dotados presupuestariamente y que se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad al 1 de

enero de 2005. Esa expresión "de carácter estructural", entendemos que se refiere a que deben constar en la Plantilla y R.P.T o Catálogo de puestos.

-Los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los requisitos de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

-El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las AAPP y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

-Los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia , sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las mediadas de discriminación positiva previstas en EBEP. Además cuando los procesos selectivos incluyan, además de las obligatorias pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes sólo podrán otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por si misma el resultado del proceso selectivo.

Del anterior análisis cabe indicar que en la consolidación de empleo temporal es obligatorio o preceptivo, por imperativo legal, la realización de pruebas o exámenes.

En cuanto al procedimiento nos remitimos a lo dicho más arriba cuando hablamos del "iter procedimental"

QUINTO

No obstante vistas las dos opciones señaladas, en cualquier caso estimados más conveniente que la selección sea por concurso-oposición teniendo en cuenta que:

Para el concurso tenemos que traer a colación el mandato expreso del EBEP (Artículo. 61.3), debiéndose otorgar una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso por sí misma, el resultado del proceso selectivo. Por ello, entendemos dentro de esos límites, se pueden tener en cuenta los méritos de los trabajadores laborales temporales de ese Ayuntamiento, pero que en ningún caso hagan ilusorias las aptitudes del resto de aspirantes.

Y en cuanto a la oposición, estimados que sería suficiente un test y una prueba práctica (Artículo. 61.2 del EBEP) al permitirse por medio de esta pruebas comprobar los conocimientos y también la capacidad analítica de los aspirantes y cuya dificultad iría en función de los puestos de trabajo a consolidar, poniéndolos en relación con el grupo, subgrupo o categoría a la que pertenezcan.

No obstante, el Ayuntamiento debe decidir lo que más le convenga dentro de su potestad de autoorganización y la discrecionalidad señalada si se opta por los sistemas selectivos del personal laboral del Artículo. 61.7 del EBEP

CONCLUSIONES:

La adquisición de la condición de fijeza de esos trabajadores cuando se cumple lo estipulado en el ET, (tanto en el Artículo. 15.1a) como en el 15.5) conlleva la obligatoriedad al Ayuntamiento de reconocer la misma por escrito, en cumplimiento del punto 9 de dicho Artículo. Esta adquisición de la fijeza no es "de por vida", sino que en cumplimiento de la Disp. Adic. 15ª del mismo texto legal, obliga a la celebración de un proceso selectivo para la salvaguarda de los principios

constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público. Es aquí donde ofrecemos las dos opciones señaladas: La de los sistemas selectivos de Artículo. 61.7 del EBEP o la de consolidación del empleo temporal de la Disp. Transitoria Cuarta del mismo.

Badajoz Agosto de 2011

Incompatibilidad de concejales para ser adjudicatarios de contrato de explotación de finca rústica de propiedad municipal. Deber de abstención

HECHOS. ANTECEDENTES

Los descritos en la documentación adjunta a la petición de informe.

FONDO DEL ASUNTO

Sin entrar a debatir sobre la cuestión relativa a la posible modificación del Pliego de Cláusulas que rigieron en la contratación para la explotación de la finca municipal en cuestión, nos pronunciaremos sobre las estrictas cuestiones que se plantean en la petición del informe, es decir, deber o no de abstención de los concejales afectados en el asunto de referencia.

No obstante, lo anterior, y como preámbulo aludiremos a una cuestión previa y necesaria, como es si existe prohibición de contratar de estos concejales.

1.-¿EXISTE PROHIBICIÓN DE CONTRATAR DE LOS CONCEJALES EN EL EXPEDIENTE DE REFERENCIA?

El artículo 49 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP) determina lo siguiente:

1. No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

f) Estar incursa la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos de cualquier Administración Pública, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia

Por su parte, el artículo 178.2 de Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG) regula las causas de incompatibilidad de los concejales, y así establece que "son también incompatibles: d) Los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes."

En el caso sometido a informe se trata de un contrato no financiado por el Ayuntamiento al no haber salida de fondos municipales a favor de los concejales o sus cónyuges . A este respecto se ha venido interpretando que cuando la LOREG se refiere a contratos financiados total o parcialmente por la Corporación o

establecimientos de ella dependientes, hay que considerarlo en un sentido literal y consecuentemente con ello aunque nos encontramos ante verdaderos contratos, patrimoniales, administrativos o especiales, si no existe financiación total o parcial por la Corporación no existe causa de prohibición de contratar conllevada por la incompatibilidad referenciada en la LOREG.

Así lo ha venido sosteniendo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en reiterados Informes:

En el Informe 48/03, de 12 de marzo de 2004, señala que "en cuanto a la prohibición de contratar o incompatibilidad para ser adjudicatario de contratos de arrendamiento de fincas rústicas los concejales, sus cónyuges e hijos hay que remitirse a nuestros informes de 21 de diciembre de 1999 (expediente 52/99), reproducido en el de 17 de noviembre de 2003 (expediente 45/03) en los que se declara que un «contrato de arrendamiento de un bien inmueble de propiedad municipal, en el que figura como arrendador el Ayuntamiento y como inquilino o arrendatario un concejal no tiene encaje en el artículo 178 de la Ley Electoral General y, por tanto, en el artículo 20, letra c), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas si se tiene en cuenta que en este caso concreto el contrato no es financiado por el Ayuntamiento, ni por establecimiento del mismo dependiente, sino que es el concejal, mediante el cumplimiento de su obligación de pago de la renta, el que está, en cierto modo financiando al Ayuntamiento, desapareciendo un elemento básico de la incompatibilidad, cual es el de que los concejales, vía contractual, perciban fondos del Ayuntamiento."

En el informe núm. 62/2009 de 26 febrero 2010: "En este sentido esta Junta Consultiva en numerosos dictámenes ha sentado el criterio de que si el Ayuntamiento es quién recibe los fondos, cantidades o rentas del contratista concejal, en ese caso no habría incompatibilidad. Así en los informes 52/99 (en relación con un contrato de alquiler de un bien inmueble de propiedad municipal) y 07/98 en relación con un contrato de aprovechamiento de un bien comunal) esta Junta Consultiva entendió que "se hace difícil apreciar un supuesto de incompatibilidad, al faltar el requisito de que el contrato esté financiado, total o parcialmente por la entidad local, al ser el adjudicatario el que deberá abonar una cantidad a esta última, como entidad adjudicadora del contrato".

Concluyendo así: "Los cargos electos de un Ayuntamiento no están incursos en incompatibilidad para celebrar contratos patrimoniales con éste último cuando estos contratos no sean financiados por el Ayuntamiento ni por establecimientos dependientes del mismo, todo ello de conformidad con la Ley Orgánica de Régimen Electoral General."

Así pues, y como conclusión sobre esta cuestión previa, al no existir pago de precio alguno por el Ayuntamiento a los Concejales o sus cónyuges , y por tanto, no estar financiado el contrato por aquel, no existe incompatibilidad y, por consiguiente, no hay prohibición de contratar en los términos recogidos en el artículo 49 1 f) de la LCSP, en relación con el artículo 178 de la LOREG.

Cuestión distinta sería su obligación de abstenerse si de alguna manera tuviera que intervenir en el expediente contratación.

2.-DEBER DE ABSTENCIÓN DE LOS CONCEJALES AFECTADOS.-En cuanto a si existe causa de abstención en los concejales afectados, ha de analizarse la cuestión a la luz del artículo 76 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), y artículo 21 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); disponiendo que los miembros de las Corporaciones locales deberán abstenerse de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de todo asunto cuando concurra alguna de las causas a que se refiere la legislación de procedimiento administrativo y contratos de las Administraciones Públicas. Lo que nos remite a su vez al artículo 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común cuyo contenido habrá que tener en cuenta para determinar la concurrencia de motivo de abstención al que se hace referencia en la petición de informe.

Artículo 28

11. Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el número siguiente de este artículo se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente.

12. Son motivos de abstención los siguientes:

A) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.

B) Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.

.../..."

Consecuentemente con ello, y dado que el asunto a debatir o debatido en el Pleno es la imposición o no de sanciones por incumplimiento del Pliego de Cláusulas, tan sólo estarían afectados por causa de abstención los concejales que o bien directamente o sus cónyuges estén incursos en incumplimiento contractual y no el concejal que, según se nos indica, ha cumplido lo determinado en el Pliego de Cláusulas y, por consiguiente no le sería de aplicación, en su caso, las sanciones establecidas en el Pliego.

Recuérdese, no obstante, que el artículo 185 del ROF determina la invalidez de los actos en que haya intervenido un miembro corporativo en los supuestos cuando su voto haya sido determinante para la adopción del acuerdo en uno u otro sentido.

Badajoz, julio de 2011

Compatibilidad de funcionario municipal para el ejercicio de actividad privada

HECHOS. ANTECEDENTES

Por el Ayuntamiento de Referencia se nos plantean la posibilidad o no de que un funcionario municipal desarrolle actividad privada.

FONDO DEL ASUNTO

El régimen jurídico de las incompatibilidades o compatibilidades viene determinado expresamente conforme recoge el artículo 149.1.18ª de la Constitución Española en relación con el artículo 103.3 de dicha norma fundamental por la legislación básica estatal que a este respecto está contenida en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de personal al servicio de las Administraciones Públicas, siendo aplicable tanto al personal funcionario como al personal eventual y al personal de naturaleza laboral.

Este régimen de incompatibilidades de los empleados públicos presenta dos objetivos fundamentales:

a) La dedicación de dichos empleados a un solo puesto de trabajo público.

b) El respeto el ejercicio de las actividades privadas que no puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su objetividad, imparcialidad o independencia.

Esta Ley, en su artículo 2.2 incluye dentro de su ámbito de aplicación “todo el personal, cualquiera sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo”. También se verían afectados por el apartado 3 del artículo 1 de dicha Ley que proscribe cualquier cargo profesión o actividad que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes y “comprometer su imparcialidad e independencia” y finalmente por el artículo 11 de la misma Ley.

Por otra parte, la regulación de esta Ley exige de los servidores públicos un esfuerzo testimonial de ejemplaridad ante los ciudadanos, constituyendo en este sentido un importante avance hacia la solidaridad, la moralización de la vida pública y la eficacia de la Administración.

En la materia que nos ocupa nada, o casi nada, ha regulado el Estatuto Básico del Empleado Público que remite expresamente a la arriba citada Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (LIPSAP). A los efectos que nos ocupa, tan solo introduce una modificación del artículo 16.1 de la Ley 53/1984 en el sentido de prohibir autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal funcionario, al personal eventual y al personal laboral cuando las retribuciones complementarias que tengan derecho a percibir incluyan el factor de incompatibilidad.

En consecuencia, todo se reconduce a la regulación efectuada por la LIPSAP. Dicha norma, en sus artículos 11 al 15 regula el ejercicio de actividades privadas por parte del personal al que le es de aplicación. Y entre ellos a los funcionarios públicos de la administración local.

Ya el apartado 1 del artículo 11 niega la mayor cuando prohíbe el ejercicio de "actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades o particulares que se relacionen directamente con las que desarrolle el departamento, organismo o entidad donde estuviera destinado", exceptuando de dicha prohibición las actividades particulares que, en ejercicio de un derecho legalmente reconocido, realicen para si los directamente interesados.

Por su parte, el artículo 12 de la LIPSAP endurece más esta prohibición al establecer cuatro supuestos en los que el ejercicio de actividades privadas no resulta compatible:

1. El desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades o particulares, en los asuntos en que este interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público. Se incluyen en especial en esta incompatibilidad las actividades profesionales prestadas a personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño del puesto público.
2. La pertenencia a Consejos de Administración u órganos rectores de empresas o entidades privadas, siempre que la actividad de las mismas este directamente relacionada con las que gestione el departamento, organismo o entidad en que preste sus servicios el personal afectado.
3. El desempeño, por si o persona interpuesta, de cargos de todo orden en empresas o sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración Jurídica de aquellas.
4. La participación superior al 10 % en el capital de las empresas o sociedades a que se refiere el párrafo anterior.

En todo caso, la autorización para el ejercicio de actividades privadas no puede ser autorizada bajo ningún concepto si las retribuciones complementarias superan los umbrales que a continuación diremos o si dichas retribuciones, vía relación de puestos de trabajo, conllevan el componente incompatibilidad.

En efecto, el artículo 16 de la LIPSAP es tan contundente que de no poder superarse con carácter previo sobre la consideración de cualquier otra circunstancia:

a) No podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal funcionario, al personal eventual y al personal laboral cuando las retribuciones complementarias que tengan derecho a percibir del apartado b del artículo 24 del presente Estatuto incluyan el factor de incompatibilidad al retribuido por arancel y al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.

b) Se exceptúan las autorizaciones de compatibilidad para ejercer como profesor universitario asociado, así como para realizar las actividades de investigación o asesoramiento a que se refiere el artículo 6 de la Ley, salvo para el personal docente universitario a tiempo completo (tampoco es el caso).

c) Por excepción, podrá reconocerse compatibilidad para el ejercicio de actividades (públicas o privadas) al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos (sin ningún tipo de excepción) cuya cuantía

no supere el 30% de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad.

Por tanto, y como CONCLUSIÓN, los funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas tienen incompatibilidad para el ejercicio de actividades privadas. No obstante, previa petición del interesado, podrá reconocerse la compatibilidad cuando cumpla estas dos condiciones:

Que sus retribuciones complementarias NO incluyan el factor de incompatibilidad

Que la cuantía del complemento específico no supere el 30% de su retribución básica

Badajoz, octubre de 2011

Nombramiento como personal eventual o de confianza a trabajador laboral fijo del Ayuntamiento y consecuencias, en su caso, del cese

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha XXX , el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XXX, solicita informe en relación con el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente:

"El trabajador de este Ayuntamiento D. XXX figura contratado por este Ayuntamiento como peón, conforme al contrato de trabajo adjunto al presente escrito, desde el XX de febrero de XX_. Dicho contrato quedó prorrogado hasta el 31 de diciembre de 1985.....

En la plantilla y relación de puestos de trabajo de la Corporación Municipal, que figura en el presupuesto municipal de cada año, aparece recogida y dotada presupuestariamente esta plaza en el apartado B)PERSONAL LABORAL, laboral fijo como "encargado del servicio de agua y alumbrado público, con una retribución total de XX € y un gratificación de XX €.

En la plantilla de puestos de trabajo existe una plaza de personal laboral eventual de confianza dotada presupuestariamente con una cantidad total anual de XX_ €, que actualmente se encuentra vacante con ocasión de haber cesado el anterior trabajador con motivo del cambio de corporación, pretendiéndose por equipo de gobierno de la actual corporación que el puesto de personal laboral eventual de confianza sea ocupado por el trabajador citado anteriormente, que desempeña el puesto de encargado del servicio de aguas y alumbrado público.

En cuanto a la normativa municipal de aplicación a sus trabajadores no existe catalogación, ni convenio colectivo de trabajo del Ayuntamiento con los mismos, rigiendo por todo ello en las relaciones laborales con ellos las normas estatales o autonómicas y los convenios sectoriales vigentes.

En consecuencia tengo a bien solicitar informe jurídico sobre..... posibilidad de aprobar este ayuntamiento excedencia voluntaria con reserva de puesto de trabajo para el trabajador referido que tiene previsto designarse personal eventual de confianza. …..

SOLICITA:

……..un informe jurídico que pueda servir de base para la resolución del nombramiento de este trabajador como personal de confianza y aprobar la excedencia voluntaria y reserva de su puesto actual de trabajo.

A mencionado escrito figura como documentación destacable la plantilla de personal y sus retribuciones.

FONDO DEL ASUNTO:

PRIMERO.-

Al hablar de las situaciones administrativas de los empleados públicos debemos remitirnos al EBEP. De entre las reguladas para los funcionarios en el Título VI (Artículos 85 a 91), cabe destacar la de servicios especiales (Artículo. 87.1 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".

La situación administrativa descrita sería en la que quedaría el empleado público si fuera funcionario, o si siendo personal laboral fijo, se recogiera la misma en el convenio colectivo correspondiente, porque para el personal laboral, el Artículo. 92 del anterior indica (en relación a dichas situaciones administrativas) que el mismo "se regirá por el Estatuto de los Trabajadores y por los Convenios Colectivos que les sean de aplicación."Y "Los convenios colectivos podrán determinar la aplicación de este Capítulo al personal incluido en su ámbito de aplicación en lo que resulte compatible con el Estatuto de los Trabajadores"

Por tanto, al no existir convenio colectivo en el Ayuntamiento no se le pueden aplicar al personal laboral de ese Ayuntamiento las situaciones administrativas de los funcionarios públicos en los términos indicados, debiéndose acudir entonces al E.T.

SEGUNDO.-

El E.T. expresa en su Artículo. 46.2 que "El trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años. Este derecho sólo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia."

Por su parte el punto 5 explicita que " El trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa".

Dice un aforismo "in claris non fit interpretatio" o lo que es lo mismo, lo que es claro en la ley no necesita interpretación. Por tanto, para el caso que el trabajador fuera nombrado personal eventual o de confianza, al cesar como tal no tiene una reserva para volver a su puesto de trabajo sino un derecho preferente sobre cualquier vacante (de igual o similar categoría) que exista o que se produzca en un futuro.

TERCERO.-

El trabajador consta en la plantilla ocupando un puesto de trabajo como laboral fijo denominado encargado de servicios de aguas y alumbrado, con unas retribuciones anuales de _____ € más _____ en concepto de gratificación. El puesto de personal eventual o de confianza figura también en la plantilla con unos retribuciones de _____ € . Si se pretende que dicho puesto eventual sea ocupado por el trabajador con el fin, entre otras cuestiones, de aumentarle sus retribuciones y teniendo en cuenta, como hemos visto, que no se puede garantizar la reserva del puesto de trabajo a dicho trabajador tras su cese como eventual o de confianza, cabe plantearse lo siguiente:

El Ayuntamiento en calidad de Admón. Pública Territorial y bajo las potestades de autoorganización y planificación -Artículo. 4 Ley 7/85-LRBRL- (esta última concretada también como planificación de los recursos humanos y ordenación de puestos de trabajo-Artículo. 69 y 74 EBEP- respectivamente) podría incrementar sus retribuciones, haciendo una valoración de su puesto de trabajo. Por ejemplo

nombrándole encargado general de obras, alumbrado público y aguas o encargado de servicios múltiples.

Estas valoraciones se suelen hacer vía RPT, de ahí la importancia de tener una, así como un convenio colectivo en donde se pudieran recoger (como así se hace) los mismos derechos y obligaciones de los funcionarios, referidos a situaciones administrativas, régimen retributivo, permisos, licencias, vacaciones, régimen disciplinario, etc.

Las retribuciones de los funcionarios locales (y de cualquier Administración) vienen determinadas todos los años por las diferentes leyes de presupuestos generales del estado; las fijas son las que marca dichas leyes (sueldos, trienios, pagas extra); en cambio con las complementarias (complemento de destino, específico, productividad, etc.,) lo que tenemos son "unas pautas" y es en estas últimas donde los Ayuntamientos tienen más margen de maniobrabilidad.

De tener los trabajadores laborales del Ayuntamiento los mismos conceptos retributivos que los funcionarios (con la tendencia actual de equiparación de retribuciones) y la misma clasificación de grupos y subgrupos, perfectamente sería justificable la subida de retribuciones de dicho trabajador, como decíamos, vía valoración de su puesto de trabajo: por ejemplo esa subida estaría justificada en el complemento específico que está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo referidas, entre otras, a la dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, etc., perfectamente encuadrables en un puesto de trabajo denominado encargado general de obras, alumbrado y aguas o encargado de servicios múltiples.

CUARTO.-

El régimen jurídico del personal eventual o de confianza viene descrito, por un lado en el Artículo. 12 del EBEP:

"1 Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin.

2. 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.

3. El nombramiento y cese serán libres. El cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento.

4. La condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la Función Pública o para la promoción interna.

5. 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"

Por otro y en similares términos se pronuncia el Artículo. de la Ley 7/85 (LBRL) pero precisando algunas cuestiones sobre competencias y obligaciones:

1. El número, características y retribuciones del personal eventual será determinado por el Pleno de cada Corporación, al comienzo de su mandato. Estas determinaciones solo podrán modificarse con motivo de la aprobación de los Presupuestos anuales.
2. 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.
3. Los nombramientos de funcionarios de empleo, el régimen de sus retribuciones y su dedicación se publicarán en el Boletín Oficial de la Provincia y, en su caso, en el propio de la Corporación.

Por su parte el Artículo. 176 TRRL (R.D. Legis. 781/1986) preceptúa que:

Artículo. 176 R. D. Legislativo 781/1986 TRRL

1. El personal eventual se rige por lo establecido en el artículo 104 de la Ley 7/1985, de 2 de abril.
2. Los puestos de trabajo reservados a este tipo de personal deberán figurar en la plantilla de personal de la Corporación.
3. Podrán ser desempeñados por personal eventual determinados puestos de trabajo de carácter directivo, incluidos en la relación de puestos de trabajo de la Corporación, de acuerdo con lo que dispongan las normas que dicte el Estado para su confección. En estos supuestos, el personal eventual deberá reunir las condiciones específicas que se exijan a los funcionarios que puedan desempeñar dichos puestos.
4. En ningún caso el desempeño de un puesto de trabajo reservado a personal eventual constituirá mérito para el acceso a la función pública o a la promoción interna

CONCLUSIÓN

El trabajador tiene derecho a la excedencia voluntaria, no así a la reserva de puesto de trabajo; lo que conserva es un derecho preferente sobre cualquier vacante que se produzca.

Previa valoración de su puesto de trabajo, cabría la posibilidad de incrementar sus retribuciones (complementarias) como personal laboral fijo.

Badajoz, octubre 2011

Reconocimiento de servicios prestados en otras Administraciones

CUESTIÓN PLANTEADA

Por auxiliar de la Policía Local se presenta solicitud de reconocimiento de servicios prestados en otras Administraciones, entre ellos los de alumno (MPTM) y soldado del Ministerio de Defensa, y "a efectos del cómputo de trienios", así como lo personal laboral al servicio de otro Ayuntamiento.

FONDO DEL ASUNTO

El término trienio hay que referirlo a un concepto retributivo básico, consistente en una cantidad, que será igual para cada Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, por cada tres años de servicio (artículo 23.b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

El reconocimiento de servicios prestados a otras Administraciones está regulado por la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de Reconocimiento de Servicios Previos en la Administración Pública (LRSPA) y por el Real Decreto 1461/1982, de 25 de junio, que la desarrolla; normas ambas que no han sido derogadas por el Estatuto Básico y que, por tanto, siguen vigentes.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.1 de la LRSPA, "Se reconocen a los funcionarios de carrera de la Administración del Estado, de la Local, de la Institucional, de la de Justicia, de la de Jurisdicción del trabajo y de la Seguridad Social, la totalidad de los servicios indistintamente prestados por ellos en dichas Administraciones, previos a la constitución de los correspondientes cuerpos, escalas o plazas o a su ingreso en ellos, así como el período de prácticas de los funcionarios que hayan superado las pruebas de ingreso en la Administración Pública.".

En su apartado tercero, el citado artículo 1 de la LRSPA determina que "Los funcionarios de carrera incluidos en el apartado uno tendrán derecho a percibir el importe de los trienios que tuviesen reconocidos por servicios sucesivos prestados, desempeñando plaza o destino en propiedad, en cualquiera de las mencionadas esferas de la Administración, o en la Administración militar y Cuerpos de la Guardia Civil y Policía armada."

Por tanto, se considerarán servicios efectivos todos los indistintamente prestados a las esferas de la Administración Pública, entre ellas la Militar, tanto en calidad de funcionario de empleo (eventual o interino) como los prestados en régimen de contratación administrativa o laboral, se hayan formalizado o no documentalmente dichos contratos.

Ahora bien, por lo que respecta al periodo que el solicitante estuvo como alumno Militar de Empleo de Tropa Profesional (METP), la STS de 15 de enero de 1999 decía:

"Pues bien, de acuerdo con esta normativa existe una diferencia esencial entre el funcionario en prácticas y el alumno de un Centro Docente Militar que cursa en el mismo un período de formación, sin nombramiento para un empleo militar. El funcionario en prácticas no sólo ha superado las pruebas selectivas correspondientes, sino que éstas han determinado su nombramiento como funcionario. Así lo exige el

transcrito párrafo segundo del artículo 1.1 del Real Decreto 1461/1982, cuando requiere que el período de prácticas se preste «habiéndose expedido el adecuado nombramiento». El alumno que sigue un curso o período de formación en los Centros Docentes Militares, aunque haya superado las pruebas selectivas para ingresar en dichos Centros, no ha obtenido un nombramiento como funcionario. Sigue un curso de estudios, no realiza unas prácticas como funcionario. Por tanto dicho período de formación no puede constituir el período de prácticas a que se refiere el artículo 1.1 de la Ley 70/1978. Faltando esta premisa resulta evidente que el repetido período de formación no es computable a efectos de trienios, lo que determina que la doctrina establecida en la Sentencia de 26 de abril de 1995 sea errónea, procediendo la estimación del presente recurso de casación en interés de la ley, en los términos que luego expondremos.

CUARTO.-

El criterio expresado en el anterior fundamento de derecho ha sido confirmado por el Real Decreto 2/1994, de 14 de enero, por el que se modifica parcialmente el Reglamento General de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 1494/1991, de 11 de octubre. El artículo único.6 del Real Decreto 2/1994 da nueva redacción a la disposición adicional cuarta del Reglamento General de Retribuciones, prescribiendo el apartado 2 que los alumnos de los centros militares de formación no percibirán trienios, y añadiendo que, no obstante, al ingresar en la Escala correspondiente como militares de carrera, les servirá de cómputo, a efectos de trienios, el tiempo transcurrido a partir de la fecha en que son nombrados Alférez Alumno, Guardiamarina o Sargento Alumno, ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 100.8 de la Ley 17/1989."

Por otro lado, la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, en su artículo 1.2 establece: "Esta ley es de aplicación a los militares de tropa y marinería que mantienen una relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas". Por su parte, el artículo 4 de la citada Ley determina, en cuanto a la adquisición de la condición de militar profesional de tropa y marinería, que la condición de militar profesional de tropa y marinería se adquiere al obtener el empleo de soldado o marinero concedido por el Jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente, una vez superado el periodo de formación general militar establecido en la convocatoria de pruebas selectivas para el acceso a tal condición y firmado el compromiso inicial que se establece en el artículo 7, y en cuya virtud quedará incluido en el Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. Como podemos observar, nada dice sobre la situación en la que se encuentran los alumnos, estudiantes para superar el curso necesario para pasar a la condición de soldado. No obstante, el artículo 7.2 de esta norma nos dice que la duración del compromiso inicial, contada desde el nombramiento como alumno del centro militar de formación, será de 2 o de 3 años de acuerdo con la convocatoria correspondiente. La fecha de este nombramiento será igualmente la de inicio para el cómputo del tiempo de servicios y el devengo de haberes.

Pero es más, el artículo 20 de la citada Ley 8/2006, reconoce el tiempo que se ha estado en las Fuerzas Armadas como mérito para el acceso a la Administraciones públicas al decir que el tiempo de servicios prestados en las Fuerzas Armadas como militar profesional de tropa y marinería se considerará como mérito en los sistemas de selección para el acceso a los cuerpos, escalas, plazas de funcionario y puestos de carácter laboral de las Administraciones públicas.

Asimismo, la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, en su artículo 5 determina, en cuanto a la adaptación de las normas militares a las normas de empleo público, que los principios y normas de aplicación general al personal al servicio de la Administración General del Estado, establecidos de acuerdo con la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, se incorporarán al régimen del personal militar profesional, siempre que no contradigan su legislación específica, por medio de normas reglamentarias en las que se efectuarán las adaptaciones debidas a la condición militar.

Por último, el artículo 67 de esta Ley 39/2007 establece:"Al hacer su presentación, los que ingresen en los centros docentes militares de formación firmarán un documento de incorporación a las Fuerzas Armadas según el modelo aprobado por el Ministro de Defensa, salvo aquellos que ya pertenezcan a éstas, y serán nombrados alumnos. A partir de dicho momento tendrán condición militar, sin quedar vinculados por una relación de servicios profesionales, quedando sujetos al régimen de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares."

Por tanto, y como conclusión, a la vista de lo anterior, y de la certificación de servicios expedido por el Ministerio de Defensa, entendemos que procede el reconocimiento como servicios previos de los prestados como soldado, y no así de los prestados como alumno Militar de Empleo de Tropa Profesional (METP).

De igual modo debe reconocérsele los servios prestados en otro Ayuntamiento en régimen laboral, ya que como establece el mencionado artículo 1.2 de la LRSPA "Se considerarán servicios efectivos todos los indistintamente prestados a las esferas de la Administración Pública señaladas en el párrafo anterior, tanto en calidad de funcionario de empleo (eventual o interino) como los prestados en régimen de contratación administrativa o laboral, se hayan formalizado o no documentalmente dichos contratos."

Badajoz, noviembre de 2011

Prohibición de contratación por el Ayuntamiento de un miembro corporativo

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha XXX 2011 y entrada en esta Institución Provincial el día 25 del mismo mes del año en curso , el Sr. Alcalde- Presidente del Ayuntamiento de XX interesa informe sobre el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente:

"Ante la reiterada solicitud de contratación laboral de un MIEMBRO CORPORATIVO, (se expone situación familiar precaria), ante la especial situación y al objeto de evitar un posible perjuicio.

Solicito: Informe sobre prohibición de contratar a cargo electo, un año a media jornada"

FONDO DEL ASUNTO

En primer lugar hemos de tener en cuenta que el artículo 7 de la Carta Europea de Autonomía Local señala que «Las funciones y actividades incompatibles con el mandato del representante local no pueden ser fijadas más que por Ley o por principios Jurídicos fundamentales». En España esta reserva de Ley se ha hecho efectiva a través de la normativa general de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (Ley 53/1984) en combinación con la Ley de Régimen Electoral General y la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local:

El sistema de incompatibilidades de los Concejales aparece regulado en el artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), que engarza directamente con el artículo 23 de la Constitución y que señala que las causas de inelegibilidad de los Concejales son también causas de incompatibilidad; enumerando además otras actividades incompatibles con el cargo de Concejal: la función de Concejal es incompatible con otros cargos públicos y también con determinadas actividades privadas mientras se mantenga el estatus de Concejal, a diferencia de lo que sucede en el artículo 8 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, que regula las «Limitaciones al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese» (al igual que establecía la derogada Ley estatal 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado).

El Tribunal Supremo (Sentencia de 26 de abril de 2002), siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, ha señalado que las causas de incompatibilidad establecidas en la LOREG, en cuanto son excepciones de criterios generales de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas de modo restringido.

La LBRL por su parte señala en el artículo 73.1 que los supuestos de incompatibilidad de los miembros de la Corporación se regularán en la Legislación electoral. A partir de la entrada en vigor de la Ley estatal 14/2000, se refuerza el régimen de incompatibilidades de los Concejales al quedar sometidos, aunque sólo aquellos que tengan dedicación exclusiva, también a las causas de incompatibilidad de la Ley

53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. Así, la causa señalada en el apartado 2 letra b) del artículo.178 de la LOREG, es categórica en relación con la cuestión formulada:

«Artículo 178.

1. Las causas de inelegibilidad a que se refiere el artículo anterior, lo son también de incompatibilidad con la condición de Concejal.

2. Son también incompatibles:

b) Los Directores de Servicios, funcionarios o restante personal en activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él.

Y su régimen, será el que determinan los apartados siguientes de mencionado precepto, y por lo que aquí interesa:

" 3. Cuando se produzca una situación de incompatibilidad los afectados deberán optar entre la renuncia a la condición de Concejal o el abandono de la situación que de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, de origen a la referida incompatibilidad.

4. Cuando la causa de incompatibilidad sea la contenida en el punto b), del apartado 2, el funcionario o empleado que optare por el cargo de Concejal pasará a la situación de servicios especiales o subsidiariamente a la prevista en sus respectivos convenios que en todo caso ha de suponer reserva de su puesto de trabajo.

5. Los ciudadanos que sean elegibles, de acuerdo con el artículo 177, apartado 1, de esta Ley, estarán sujetos a las causas de incompatibilidades a que se refiere el presente artículo».

En definitiva, conforme al artículo 178.2 b) de la LOREG, existe incompatibilidad y la Junta Electoral Central en diferentes consultas ha mantenido los siguientes criterios:

- La incompatibilidad afecta a todo el personal activo del Ayuntamiento, cualquiera que sea el régimen jurídico de su relación con la Corporación Local (AC de 12 de abril de 1991).
- Se aplica a todas las personal contratadas por la Corporación, aunque no sea esta la Entidad que satisfaga las contrataciones (AC de 4 de abril de 1991).
- Es indiferente si el interesado es o no personal de plantilla, basta ser contratado laboral por la Corporación (AC de 15 de junio de 1992).
- La incompatibilidad de concejal con condición de personal al servicio del Ayuntamiento afecta al personal laboral, que en este aspecto se rige por reglas idénticas a las del personal estatutario (funcionario) (AC de 23 de abril de 1993).

El Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de febrero de 1995 considera que la contratación laboral de un Concejal pese a la incompatibilidad existente, puede ser constitutiva de delito de prevaricación, sin que sea aceptable la alegación de que la contratación fue sugerida o propuesta por el INEM.

Por tanto, parece que puede existir incompatibilidad, debiendo el edil de optar por seguir de Concejal o renunciar a dicho cargo por Incompatibilidad.

Bien es verdad que algunos acuerdos de la Junta Electoral Central consideran que no existe Incompatibilidad, si los concejales no se integran en la plantilla del Ayuntamiento (Acuerdo de 8 de noviembre de 1999), por lo que si la contratación es

esporádica y por pocos días, podría flexibilizarse la interpretación de la norma. En el mismo sentido, el acuerdo de 22 de junio de 2000 dice que.... con arreglo a lo dispuesto en el artículo 178.2 b) y d) de la LOREG, no son incompatibles con la condición de concejal los trabajadores seleccionados y contratados por el Ayuntamiento para trabajar en los Programas de Fomento de Empleo de la Comunidad Autónoma, en la medida en que no se integren en la plantilla de dicho Ayuntamiento. Así, se reitera en Acuerdos de 2 de junio y 5 de noviembre de 2005 pues declara que no existe incompatibilidad con la condición de Concejal si el interesado no se incorpora a la plantilla de personal del Ayuntamiento, ni tampoco cuando se trate de obras de corta duración y financiadas con fondos ajenos al Ayuntamiento, siempre que no se convierta en contratista de la Corporación local, supuesto este incompatible conforme a lo dispuesto en el artículo 178.2.d) LOREG.

CONCLUSIÓN. En este caso, al pretenderse una contratación por un año y aún a tiempo parcial, a pesar de la situación personal y familiar del MIEMBRO CORPORATIVO a quien afecta. no podemos considerarlo como una contratación esporádica y por pocos días como parece ser sirvió de argumento a la JEC, para excepcionar el régimen legal de incompatibilidad. Parece claro, por tanto, que EL MIEMBRO CORPORATIVO incurriría en causa de incompatibilidad si figura contratada como trabajador del Ayuntamiento.

Badajoz, a febrero de 2011

Incrementos retributivos acordados en Convenio Colectivo del Ayuntamiento

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha XX 2011 y entrada en esta Institución Provincial el día X del mismo mes del año en curso , la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de XX interesa informe sobre el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente:

"Este ayuntamiento solicita colaboración de los Servicios Jurídicos de asistencia a los municipios de esa Diputación, a fin de resolver cuestión planteada en cuanto a la aplicación del convenio firmado el XX de 2008 y la correcta aplicación de Ley 39/2010, de 22 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado, la cuestión es la que sigue:

A la firma del convenio referido en su artículo 29 punto 3-1, entro otras cosas solicitan se equiparen los complementos de destino del personal laboral con lo establecido en la Ley de presupuestos para los distintos grupos, al menos con los mínimos, es decir si los niveles de complemento de destino para los funcionarios para el grupo D fuera el 14, también sea catorce para los trabajadores laborales y su cuantificación se regularice con la tabla de Complementos de Destino del Artículo. 26 de la Ley de Presupuestos del Estado para 2011, cumpliría realizar tal actuación en el ejercicio 2011, la duda que se plantea es si con la redacción del artículo. 22 de referida Ley de Presupuestos del Estado se podría aplicar dicho acuerdo.

Igualmente solicitamos aclaración si lo referido en el artículo. 22.2 de repetida Ley de Presupuestos del Estado se está refiriendo a masa salarial."

FONDO DEL ASUNTO

A) Ámbito de la negociación colectiva en el seno de las Administraciones Públicas.

Empecemos por el concepto mismo de negociación; así, cuando las leyes hablan de capacidad para negociar se refieren a la capacidad de las Administraciones para decidir sobre un asunto, para transaccionar sobre el mismo, y esto se refleja en la reciente legislación. Debe recordarse que en el ámbito privado las partes tienen capacidad para negociar, ateniéndose simplemente a su voluntad y a las leyes laborales, para de esta manera llegar a las normas paccionadas que son los convenios. Pero en la esfera del derecho administrativo, de la Administración Pública, esta capacidad no está tan definida. En este sentido es sintomático que la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) define una serie de cuestiones que limitan la capacidad negocial de las Entidades Locales. Así se dice en el artículo. 37 cuales son las materias objeto de negociación: a) La aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas. b) La determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios. c) Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos. d) Las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño. e) Los planes de Previsión Social Complementaria. f) Los criterios

generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna. g) Los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas. h) Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación. i) Los criterios generales de acción social. j) Las que así se establezcan en la normativa de prevención de riesgos laborales. k) Las que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios, cuya regulación exija norma con rango de Ley. l) Los criterios generales sobre ofertas de empleo público. m) Las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos.

Como vemos la competencia se basa en la distribución de los incrementos retributivos, no la definición de los mismos.

B) Adecuación de retribuciones del personal laboral vía equiparación a los complementos retributivos del personal funcionario.

Sobre la posibilidad de incluir en este momento una serie de complementos retributivos – complemento de destino - al personal laboral debemos pronunciarnos ateniéndonos a lo dicho y a lo que se establece por las leyes de presupuestos que se han ido dictando año a año, pero la cuestión central, que es la que provoca problemas posteriormente, es la falta de regulación de las retribuciones de los laborales al inicio de la relación con los mismos. Así, una vez que se han incorporado quedan obligados por la legislación existente en cuanto a los incrementos retributivos de forma que los mismos no pueden superar unos límites, de la misma forma que los funcionarios. Pero si no existe RPT es difícil que el ayuntamiento pueda adoptar una decisión con todos los criterios legalmente establecidos, con todos los conceptos que deben ser abonados, por lo cual puede suceder que un laboral sea retribuido en demasía o escasamente y que luego no se puedan realizar las adaptaciones correspondientes, lo que de contrario, no sucedería si existiera dicha RPT, con la definición del puesto en concreto y sus características, pero en modo alguno que a través de estos complementos y sus adecuaciones a los puestos de trabajo del personal laboral para su pretendida equiparación retributiva a los funcionarios pueda eludirse la aplicación de normas de carácter imperativo, como son las de regulación de los incrementos de retribuciones en el ámbito de las Administraciones Públicas, que se contienen en la sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado, cuya contravención produciría respecto de dicho acto el efecto que las mismas determinen y por su carácter imperativo el que resulta del apartado 3 del artículo. 6 CC:

“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.”

C) Incrementos retributivos resultantes del cumplimiento de lo pactado en Convenio

Ciertamente, que la señalada prohibición de incrementos superiores a los establecidos en las Leyes de Presupuestos constituye un verdadero y constante problema en muchas Corporaciones, sobre todo en las de menor entidad, y aunque la

regulación que se hace de las retribuciones ha quedado diferida debe recordarse que conforme al EBEP las retribuciones el personal laboral quedan determinadas por el convenio colectivo correspondiente, el contrato de trabajo respetando siempre lo establecido en el artículo. 21 del mismo EBEP, artículo que impone la limitación del incremento de la masa salarial superior a la fijada anualmente en la ley de presupuestos. Normativa que en esencia es la misma que se viene aplicando y que coincide con lo dispuesto en el artículo. 22.2 de LGPE para 2011.

Pues bien, el Ayuntamiento, en cuanto es una Administración Pública, a diferencia de las empresas privadas, se encuentra sometido a una serie de limitaciones reguladas en la Ley que no pueden desconocerse, especialmente en materia retributiva del personal a su servicio. Así, las Leyes de Presupuestos del Estado desde 1989, al establecer los incrementos de retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas, viene haciéndolo en un porcentaje que normalmente coincide con el previsto del IPC, sin admitir cláusulas de revisión salarial por desviación del IPC previsto y el real (a veces ni eso, pues ha habido años en que se congelaron, como ocurre para el presente ejercicio), limitaciones contenidas en normas imperativas de carácter básico y por tanto aplicables a todas las Administraciones, entre ellas la Local, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 154 del Texto Refundido de Régimen Local (TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

En este sentido, por lo que se refiere al presente año, la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado (LPGE) para el año 2011, en su artículo 22.5 dispone:

" La masa salarial del personal laboral, que no podrá incrementarse en 2011, está integrada por el conjunto de las retribuciones salariales y extrasalariales y los gastos de acción social devengados por dicho personal en 2010, en términos de homogeneidad para los dos períodos objeto de comparación, y una vez aplicada en términos anuales la reducción del 5 % que fija el artículo 22 Dos B) 4 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, sin perjuicio de las normas especiales previstas en la disposición adicional novena del Real Decreto-Ley 8/2010.

Se exceptúan, en todo caso:

- Las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social.
- Las cotizaciones al sistema de la Seguridad Social a cargo del empleador.
- Las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.
- Las indemnizaciones o suplidos por gastos que hubiera realizado el trabajador."

Seguidamente, el mismo precepto y en lo que atañe al presente, añade en su apartado 9 que «Los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables las cláusulas que establezcan cualquier tipo de incremento», prohibición de incrementos superiores que, como decimos, vienen estableciéndose desde 1989 en uso de la competencia exclusiva del Estado para establecer las «bases y coordinación de la planificación económica en materia de gastos de personal al servicio del sector

público», como señala la rúbrica de los correspondientes preceptos, y la Corporación debió tenerlas en cuenta al negociar el convenio.

A la vista de lo anterior, y para el caso planteado, en la medida en que las adecuaciones convenidas, mediante equiparación, vía complementos de destino, de las retribuciones fijadas en el convenio a que alude en su escrito el Ayuntamiento de XX supongan unos incrementos salariales superiores a los autorizados por LGPE, ha de considerarse que tales incrementos o, más bien, las cláusulas del convenio que los contengan, como de no aplicación, pues la prohibición que se establece en la norma no ofrece lugar a dudas " ubi lex non distinguet nec nos distinguire debemus". En este sentido, véase la doctrina jurisprudencial contenida en SSTC 171/1996, de 30 de octubre y 103/1997, de 22 de mayo , en relación a incrementos superiores a los fijados en la Ley de Presupuestos del Estado por las Comunidades Autónomas y sobre nulidad de acuerdos de incremento de retribuciones rebasando los porcentajes autorizados en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y la prevalencia de estas limitaciones sobre las previsiones de convenios colectivos, pactos y acuerdos ha sido una constante reiterada por la jurisprudencia véanse, entre otras, las SSTS de 21 de junio de 1982 ; de 17 de noviembre de 1986 ; de 21 de noviembre de 1997 ; de 30 de junio de 1997 ; de 9 de marzo de 2000 ; SSTSJ de Madrid de 9 de mayo de 1996 , de Galicia de 10 de junio de 1998 , de Andalucía (Sevilla) de 5 de enero de 1999 y del País Vasco de 23 de marzo de 2000.

Badajoz, febrero de 2011

Nombramiento de instructor de expediente disciplinario a Policía Local, en relación con la interpretación del artículo. 20 de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo

ANTECEDENTES DE HECHO

Escrito de fecha XX 2011, del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XX, por el que solicita informe, en relación con el asunto epigrafiado en el encabezamiento.

FONDO DEL ASUNTO:

PRIMERO.- La nueva regulación del Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, constituida por la Ley O. 4/2010, de 20 de mayo, plantea a propósito del órgano instructor, la duda de su aplicación al ámbito del régimen disciplinario de los Policías Locales, habida cuenta del tenor literal del artículo. 20 de meritada L.O, al disponer en su apartado 2º:

" El nombramiento de instructor recaerá en un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía que deberá tener, en todo caso, igual o superior categoría a la del funcionario sometido al expediente y, en el caso de que fuera igual, deberá ocupar un número anterior en el escalafón.

- Podrá ser nombrado secretario cualquier funcionario destinado en el Ministerio del Interior."

La aplicación del régimen disciplinario previsto en la mencionada Ley Orgánica 4/2010, a los Cuerpos de Policía Local, resulta de su Disposición Final Sexta la cual dispone que:

" La presente Ley Orgánica se aplicará a los Cuerpos de Policía Local de acuerdo con lo previsto en la legislación orgánica reguladora de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad".

Por su parte, la Disposición Derogatoria Única de meritada Ley Orgánica 4/2010, viene a dejar sin efecto lo dispuesto en los artículos. 27 y 28 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, reguladora de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que regulaba el régimen disciplinario del Cuerpo de la Policía Nacional, y junto a estos preceptos, por la misma Disposición ha sido derogado el Real Decreto 884/89, de 14 de julio, que contenía el desarrollo reglamentario de dicho régimen.

En el ámbito de la legislación autonómica, el artículo. 27 de la Ley 1/1990, de 26 de abril, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura, se remite a la normativa antes apuntada, en cuanto al régimen disciplinario aplicable a los Policía Locales de Extremadura.

SEGUNDO.- Conforme queda indicado en el apartado anterior, la nueva regulación contenida en el apartado 2º del mencionado artículo. 20 y de su dicción " El nombramiento de instructor recaerá en un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía …..), nos llevaría a la necesaria conclusión de que el cargo de Instructor en los expedientes disciplinarios que se sigan contra miembros de los Cuerpos de la Policía local de cada municipio, habrá de recaer necesariamente en funcionarios de dicho Cuerpo Nacional, pues no contiene la norma posibilidad de excepción o singularidad y/o dispensa alguna para su aplicación a otros colectivos (para el caso, Policía Local) ,

y por tanto no permite acudir a nombramientos en otros colectivos, siquiera sea, en los directamente afectados: " ubi lex non distinguet nec nos distinguire debemus", pues para dicho nombramiento de instructor, la repetida ley Orgánica utiliza el tiempo verbal en imperativo " ...recaerá...", y es por ello que si el legislador, hubiera querido que dicho nombramiento, tuviera carácter facultativo (v.gr. ...podrá recaer o recaerá de manera preferente...), lo hubiera dicho.

Ahora bien, si esta interpretación de la norma que es evidentemente restrictiva (faborabilia sunt amplianda et odiosa sunt restringenda) es no obstante acorde, con la hermenéutica seguida para con las de carácter punitivo y por extensión de las sancionadoras, pues en principio, tales normas están dotadas de rigidez absoluta porque no son más que los mismos derechos fundamentales establecidos como inviolables, de manera que todos y cada uno son sus titulares" .No debe olvidarse que el Tribunal Constitucional recordó en su Sentencia de 8 de junio de 1981 que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal como refleja la propia Constitución (artículo 25 que consagra el principio de Legalidad) y una muy reiterada Jurisprudencia de este Tribunal Supremo. En efecto, la seguridad jurídica y el respeto a las opciones legislativas de sanción de conductas sitúan la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como en su razonabilidad y por ende, de aplicaciones extensivas a otros supuestos – aplicación analógica -, que el legislador, no quiso o quizás olvidó contemplar, y por tanto, la aplicación del régimen sancionador (disciplinario) a miembros de la Policía Local, lo que exige su acomodación estricta a la norma jurídica que la disciplina y reglamenta, y en los propios términos en que lo hace.

Por tanto, en cuanto el artículo. 52.1 LOFCS, al que se remite la Ley O. 4/2010, para la extensión del régimen sancionador que el mismo regula a los Cuerpos de Policía Local, viene en determinar que la aplicación de dicho régimen disciplinario lo será ".....con adecuación que exija la dependencia de la administración correspondiente, las disposiciones dictadas al respecto por las Comunidades Autónomas y los reglamentos específicos para cada cuerpo y demás normas dictadas por los correspondientes ayuntamientos.....", nos llevaría a la necesaria conclusión de que en ausencia de dicha adecuación y de las disposiciones , reglamentos y normas de los "correspondientes ayuntamientos", han de aplicarse las de la meritada Ley 4/2010, y aplicar el artículo. 20 de la misma en sus propios términos.

TERCERO.- De acuerdo con lo argumentado en los apartados anteriores, y a salvo que por el Ayuntamiento de referencia, se hubiera realizado la adecuación de su normativa reglamentaria interna a lo dispuesto en el artículo. 52.1 LFCSE, y dado que la normativa autonómica (artículo. 27 ley 1/1990), se remite en bloque a la estatal, conforme a la cual, solo y exclusivamente podrá ser nombrado instructor de expediente disciplinario a Policía Local, un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía

(CNP),"...en todo caso, de igual o superior categoría a la del funcionario sometido al expediente y, en el caso de que fuera igual, deberá ocupar un número anterior en el escalafón.", la cuestión en definitiva a dilucidar es, sobre quien puede recaer el nombramiento de instructor en estos expedientes, ?, es decir, en expediente disciplinario a policía local de un ayuntamiento y para el caso, de que por la Delegación del Gobierno no se proceda a nombrar instructor entre funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, como exige el repetido artículo. 20 LORDCNP ¿podría nombrarse para dicho cargo a otro policía u otro funcionario de la misma o distinta Administración?"

Para que se produzca dicho nombramiento, entendemos que el Alcalde del municipio del que dependa el Policía a someter a expediente, en primer lugar deberá dirigirse a la Delegación del Gobierno, y solicitar de esta la propuesta de nombramiento de un Policía Nacional, para que este asuma dicha Instrucción.

Ahora bien, dicho funcionario del CNP, deberá tener "igual o superior categoría a la del funcionario sometido al expediente....". En este caso, el criterio que ha de seguir, viene determinado, en la Disposición Transitoria Primera de la repetida LFCSE, así:

"El Cuerpo Nacional de Policía constará de las siguientes escalas y categorías:

- La Escala superior, con dos categorías. Su sistema de acceso será a la inferior desde la Escala ejecutiva y a la categoría superior desde la inferior; por promoción interna en ambos casos.
- Comisario Principal
- Comisario

13. La Escala ejecutiva, con dos categorías. Su sistema de acceso será el de oposición libre y el de promoción interna, en el porcentaje que reglamentariamente se determine, para la categoría inferior, y de promoción interna para la categoría superior.

7. Inspector Jefe
8. Inspector

• La Escala de subinspección, con una sola categoría, a la que se accederá únicamente por promoción interna desde la escala básica.

Subinspector de Policía

• La Escala básica, con dos categorías, a las que se accederá por oposición libre a la categoría inferior, y por promoción interna a la superior.

3. Oficial de Policía
4. Policía "

Por tanto, e ínterin no se lleve a efecto el desarrollo del artículo. 52.1 LFCSE, bien por la Comunidad Autónoma de Extremadura, o bien por los respectivos Ayuntamientos la adecuación y adaptación de dicho régimen disciplinario a su organización interna, será de aplicación estricta lo dispuesto en el artículo. 20 de la Ley O. 4/2010, sin posibilidad de acudir a otras formulas, ni siquiera la de recabar la colaboración de "otros policías locales, de otros municipios" pues los miembros de las Policías Locales de los distintos municipios no guardan relación jerárquica entre sí, ni existe entre ellos

escalafón alguno (salvo claro está, que nos estemos refiriendo a mediana-grandes o grandes Corporaciones- lo cual y en el presente caso, no es el supuesto).

CUARTO.- Ahora bien y no obstante lo anterior, nos resistimos a creer que el legislador hubiera querido para la mayoría de los Ayuntamientos (que de ordinario carecen de cuerpos de policía local, y a lo sumo dispongan, de auxiliares de esta policía) el que el nombramiento de instructor y secretario, quedase circunscrito a los referidos funcionarios del CNP y del Mº del Interior, pero igualmente que en tanto se llevase a efecto la adecuación a la indicada normativa en los respectivos Ayuntamientos, se pretenda llenar dicha ausencia con el recurso de "contar", con Policías locales del mismo o de otros Ayuntamientos, en definitiva de otros Cuerpos de Policía, y que como parece desprenderse de actuaciones de las que hemos tenido conocimiento, las peticiones de "auxilio" a miembros de este colectivo, han encontrado actitudes de total renuencia –abstenciones, renuncias...- que hacen pensar en un más que rancio "corporativismo", lo cual podría dificultar, cuando no imposibilitar a los responsables políticos municipales, el poder corregir conductas, acciones u omisiones configuradas como infracciones e imputables a estos funcionarios mediante la correspondiente sanción, al dejar a la voluntad de "compañeros", de otros o del mismo municipio del policía presunto infractor, el que se pueda llevar a efectos la instrucción del expediente disciplinario, por las solas voluntades renuentes de aquellos a dicha instrucción.

Y es así, que para llenar los posibles "vacíos" que se pudieran producir en la designación del equipo instructor de estos expedientes, entendemos que, no puede acudirse al argumento de la especificidad de la función de estos funcionarios, pues esta, nada o poco tiene que ver con el conocimiento de la norma y su aplicación por los operadores jurídicos en la instrucción de este tipo de expedientes y la determinación de la sanción que corresponda imponer frente a la falta cometida.

QUINTO.- Por ello, el funcionario que suscribe, y a salvo lo señalado anteriormente, viene en considerar, que en tanto se lleva a cabo la referida adecuación por cada municipio de la regulación de dicho régimen disciplinario a su Cuerpo de Policía Local, pueda y deba el Ayuntamiento, en orden al nombramiento de Instructor y Secretario de expediente disciplinario a funcionario del Cuerpo de la Policía Local, en caso de no atender dicho requerimiento la Delegación del Gobierno, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 L.O.4/2010, y en base a lo dispuesto en el artículo. 27.2 LCPLEx acudir a la aplicación supletoria del régimen disciplinario de los funcionarios de la Comunidad Autónoma de Extremadura y en su consecuencia a lo dispuesto en los artículos. 77 y ss TRLFEx y así para corregir las conductas de aquellos policías de municipios que carezcan en el mismo de funcionario de igual o superior categoría que el expedientado, el que para dicha instrucción pueda designarse funcionario de la misma u otra Corporación o Administración, de igual o superior categoría al expedientado, dado que la posible asimilación de las escalas y categorías del CNP, con la prevista en el artículo. 12 NNMM, tampoco impide la misma con la establecida en los artículos. 75 y 76 EBEP, para el resto de los funcionarios.

Lo anterior es una consecuencia de lo dispuesto por la Disposición Final Quinta de LORDCNP, que respecto del carácter de dicha Ley, y en lo que a la aplicación del meritado artículo. 20 concierne, dispone:

"No tienen la consideración de Ley Orgánica los artículos 19 a 47, ambos inclusive, así como las disposiciones adicionales, las disposiciones transitorias, el apartado segundo de la disposición derogatoría única y las disposiciones finales segunda, tercera, cuarta y séptima."

Por tanto y al no tener el carácter de básico el meritado precepto (artículo. 20), habrá de estarse a la normativa general de la función pública y así el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) se limita a disponer, que «en el procedimiento (disciplinario) quedará establecido la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándose a órganos distintos» (artículo 98.2).

En aplicación de la Disposición Final Cuarta del EBEP, en tanto no se dicten las Leyes de Función Pública que lo desarrollen, sigue vigente el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, de aplicación directa al personal funcionario comprendido en el artículo 1.1 de la LMRFP, y de carácter supletorio para los demás funcionarios al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluidos en su ámbito de aplicación, cuyo artículo 30 dispone literalmente:

«En la resolución por la que se incoe el procedimiento se nombrará instructor, que deberá ser un funcionario público perteneciente a un cuerpo o escala de igual o superior grupo al del inculpado, de los establecidos en el artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto» (regulaba los grupos de clasificación, materia hoy recogida en el EBEP – artículo 76).

Tal precepto no indica que el funcionario designado Instructor haya de pertenecer a una determinada unidad administrativa o pertenecer a un Cuerpo o Escala determinada, ni desciende en mayor grado en la ubicación del funcionario-instructor.

CONCLUSION.- Por lo que antecede, entendemos que, en tanto no se opere la adecuación normativa y reglamentaria repetida en el cuerpo del presente, y cumplido que sea el requisito de solicitar por el Ayuntamiento interesado de la Delegación del Gobierno la propuesta de designación de funcionario del CNP para el cargo de Instructor, en los términos del artículo. 20 LORDCNP y para el caso de no ser atendida por la Delegación del Gobierno dicha solicitud, pueda ser nombrado instructor cualquier funcionario independientemente de la Administración a la que este adscrito y en todo caso, de al menos el grupo de clasificación del inculpado,

Lo contrario nos llevaría al absurdo de que, en numerosos municipios de reducido tamaño, no podría tramitarse ningún expediente disciplinario al no existir funcionarios que reúnan los requisitos para ser nombrados instructores, siendo habitual que en estos supuestos se solicite la colaboración de la Comunidad Autónoma o de la Diputación Provincial.

Movilidad por todo el territorio nacional de funcionarios que ocupen puestos del Cuerpo de Policía Local

ANTECEDENTES DE HECHO

Escrito de fecha XX 2011, del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XXX, por el que solicita informe, en relación con el asunto epigrafiado, acompañando informe al respecto del Coordinador de Policías Locales, de la Consejería de Administración Pública y Hacienda.

FONDO DEL ASUNTO:

PRIMERO.- Los policías locales son funcionarios de carrera encuadrados en la Escala de Administración Especial, Subescala de Servicios Especiales, Clase de Policía Local y sus Auxiliares [artículos. 167.3, 170.1 y 172.2.a) del Texto Refundido de Régimen Local (TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril], y como tales están sujetos al estatuto del funcionario de carrera municipal, propio de las Corporaciones Locales, es decir, en sus derechos y obligaciones.

De otra parte, a las Comunidades Autónomas, en ejercicio de la competencia atribuida a las mismas por el artículo. 39 LOFCS, les corresponden la coordinación de las Policías Locales en el ámbito territorial de la Comunidad respectiva. A estos efectos, la Comunidad de Extremadura dispone de la Ley 1/1990, de 26 de abril, de coordinación de las Policías Locales para el ámbito territorial de su competencia, y en ella se ocupa de la movilidad de los funcionarios y de la actuación fuera de su término municipal pero en otros Ayuntamientos de la propia Comunidad Autónoma (artículos. 3.4,13.2 y 17), que es desarrollada, aunque muy parcamente, en relación con la normativa existente en otras CC.AA (v.gr. Andaluza, Valenciana...) en el Capitulo II del Titulo IV de NNMM., a cuyos efectos en el artículo.61, dispone, respecto de los casos en que cabe la movilidad que:

“Los miembros de los Cuerpos de Policía Local de Extremadura podrán, con ocasión de plazas vacantes, ejercer su derecho a la movilidad dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma, en la forma y condiciones que se establecen en este Capítulo.”

SEGUNDO.- Ahora bien, en el supuesto planteado a efectos de la emisión del presente, al tratarse de Municipios de distintas Comunidades Autónomas, pues se interesa el estudio de este derecho para su ejercicio en cualquier punto del territorio nacional, entendemos que ha de regularse por el régimen general estatutario de los funcionarios de carrera locales, es decir, con arreglo a los artículos. 3 EBEP y 140 TRRL; y, consiguientemente, sería de aplicación la normativa autonómica sobre situaciones administrativas y, en su defecto, la normativa estatal de carácter supletorio [Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General, aprobado por Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo].

Ello nos lleva, en principio a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público -EBEP- que en su artículo. 3, . en referencia al Personal funcionario de las Entidades Locales , señala que:

"los Cuerpos de Policía Local se rigen también por este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, excepto en lo establecido para ellos en la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad".

Por tanto, a la vista de todo lo anterior, ha de concluirse que la legislación aplicable, hoy vigente, empieza por el EBEP y después la legislación extremeña de función pública, terminando por la aplicación de la Ley de Coordinación que, como ley especial, se aplicará, en todo caso, en cuanto no se oponga a la legislación más moderna sobre función pública.

Ya en este punto hay que acudir a la figura prevista en el artículo del EBEP que mejor tiene cabida al caso consulta y el desarrollo a la misma que contiene, en ausencia o escasez de regulación por la Comunidad Autónoma Extremeña. Entendemos por tanto, que debe ser aplicado el artículo. 84 EBEP cuando determina la movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas al decir

"1. Los funcionarios de carrera que, en virtud de los procesos de transferencias o por los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, obtengan destino en una Administración Pública distinta, serán declarados en la situación de servicio en otras Administraciones Públicas. Se mantendrán en esa situación en el caso de que por disposición legal de la Administración a la que acceden se integren como personal propio de ésta.

2. Los funcionarios transferidos a las Comunidades Autónomas se integran plenamente en la organización de la Función Pública de las mismas, hallándose en la situación de servicio activo en la Función Pública de la Comunidad Autónoma en la que se integran.

Las Comunidades Autónomas al proceder a esta integración de los funcionarios transferidos como funcionarios propios, respetarán el Grupo o Subgrupo del cuerpo o escala de procedencia, así como los derechos económicos inherentes a la posición en la carrera que tuviesen reconocido.

Los funcionarios transferidos mantienen todos sus derechos en la Administración Pública de origen como si se hallaran en servicio activo de acuerdo con lo establecido en los respectivos Estatutos de Autonomía.

Se reconoce la igualdad entre todos los funcionarios propios de las Comunidades Autónomas con independencia de su Administración de procedencia.

3. Los funcionarios de carrera en la situación de servicio en otras Administraciones Públicas que se encuentren en dicha situación por haber obtenido un puesto de trabajo mediante los sistemas de provisión previstos en este Estatuto, se rigen por la legislación de la Administración en la que estén destinados de forma efectiva y conservan su condición de funcionario de la Administración de origen y el derecho a participar en las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo que se efectúen por esta última. El tiempo de servicio en la Administración Pública en la que estén destinados se les computará como de servicio activo en su cuerpo o escala de origen.

4. Los funcionarios que reingresen al servicio activo en la Administración de origen, procedentes de la situación de servicio en otras Administraciones Públicas, obtendrán

el reconocimiento profesional de los progresos alcanzados en el sistema de carrera profesional y sus efectos sobre la posición retributiva conforme al procedimiento previsto en los Convenios de Conferencia Sectorial y demás instrumentos de colaboración que establecen medidas de movilidad interadministrativa, previstos en el artículo 84 del presente Estatuto. En defecto de tales Convenios o instrumentos de colaboración, el reconocimiento se realizará por la Administración Pública en la que se produzca el reingreso."

Ante esta nueva normativa, si la comparamos con la existente en la actual específica de coordinación de las policías locales , y su desarrollo por las NNMM vemos que existen coincidencias importantes. Entre ellas, podemos observar que la movilidad debe darse por medios de convocatoria publica de concurrencia de meritos y capacidad, y que la toma de posesión implica la integración del funcionario en la Administración de destino. Donde puede surgir la duda es en la especificidad que hace la nueva normativa por cuanto el funcionario queda en una situación que "conserva su condición de funcionario de la Administración de origen y el derecho a participar en las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo que se efectúen por esta última" (artículo. 88.3º EBEP). Pero eso mismo ocurre en las NNMM, por cuanto al cesar a todos los efectos, el policía que se ha movido por concurso, al no tener nada que ver con la Administración de origen, su única forma de volver a la misma sería mediante "convocatorias para la provisión de puestos de trabajo" en la citada Administración.

En conclusión, si bien la aplicación de la legislación al caso debe ser la referida por el EBEP, las consecuencias jurídicas de esta aplicación no varían respecto de la legislación autonómica extremeña, y por tanto la limitación de sus efectos al ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura, del régimen de la movilidad de los policías locales, de la misma.

Badajoz, abril de 2011

Legalidad del pago por vacaciones no disfrutadas al personal laboral y posibles responsabilidades que de ello derivasen.

ANTECEDENTES DE HECHO

Escrito de fecha XX.07.2011, del Sr. Alcalde Presidente del Ayuntamiento de XX, por el que solicita informe, en relación con el asunto epigrafiado en el encabezamiento, manifestando como dato de interesa, lo siguiente:

" Se adjunta documentación mediante la cual se ordenaba a la asesoría la inclusión en nómina de pago de vacaciones, dicha documentación consta mensualmente desde el ejercicio 2009 al ejercicio 2011, adjuntándose dos partes de incidencias, uno del ejercicio de 2010 y otro del ejercicio de 2011, como prueba de la documentación que obra en este Ayuntamiento"

FONDO DEL ASUNTO

A) Posibilidad legal de pago a trabajadores por vacaciones no disfrutadas

Las vacaciones constituyen un derecho del trabajador derivado de la relación laboral, derecho constitucionalmente reconocido e irrenunciable (artículo 3.5 del ET), y que se conceptuan como, la interrupción anual y retribuida de la prestación de servicios para proporcionar descanso al trabajador (artículo 38.1 del ET)

En efecto el artículo 38 del ET establece la obligación de concesión de vacaciones anuales, así como la retribución de este período en la misma forma y cuantía que si hubiera sido trabajo efectivo, y previene también este precepto que el disfrute real del descanso no será susceptible de sustitución por una retribución en metálico, de tal suerte que si el trabajador no hace uso de la vacación dentro del año natural, no sólo pierde el derecho a disfrutarlo en la anualidad siguiente, sino que tampoco le resulta posible percibir una remuneración a cambio de la falta de disfrute. Por ello, el derecho a la vacación está destinado únicamente a su disfrute, no siendo, en general, compensable en metálico. Sólo es posible la compensación económica por el no disfrute de las vacaciones cuando se produzca la cesación en el servicio antes de que se haga efectivo el descanso anual, debiendo entonces hacerse la liquidación en proporción a los servicios prestados en el año correspondiente.

La posición de la jurisprudencia española coincide con la solución dada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, así la STJCE de 6 de abril de 2006 (FNV-Staat der Nederlanden), asunto C-124/05. sobre la imposibilidad de compensación económica de las vacaciones no disfrutadas en un período posterior, exactamente por los mismos argumentos que el propio Tribunal acoge en su Sentencia y que se resumen en el siguiente principio: la protección eficaz de la seguridad y la salud de los trabajadores y no duda llevar dicho principio a sus últimas consecuencias al negar de forma rotunda la posibilidad de compensar las vacaciones no disfrutadas en un año posterior.

Por último, no podemos, ni a nuestro juicio debemos, obviar que, a pesar de la postura garantista que mantiene nuestro Tribunal Supremo en esta cuestión, existen Resoluciones de otros Tribunales españoles que parecen caminar en un sentido radicalmente opuesto en cuanto a la protección de la seguridad y la salud de los

trabajadores. Tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional 192/2003, de 27 de octubre.

El Tribunal alega que la compensación económica de las vacaciones mínimas anuales transferidas podría producir un efecto contrario al objetivo de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores, puesto que éstos, motivados por una futura compensación económica de las vacaciones no disfrutadas, se verían atraídos a su renuncia en el año correspondiente.

Nuestro Tribunal Supremo mantiene un criterio idéntico, alegando que la finalidad que es propia del derecho al disfrute de vacaciones lleva consigo que su disfrute específico no pueda sustituirse por una compensación económica, salvo en casos en que el contrato de trabajo se hubiera extinguido con anterioridad a la fecha fijada para el período vacacional, generándose en tal caso la compensación proporcional al tiempo trabajador en el año de referencia (STS de 30 de abril de 1996, R. 3084/1995) y que la mayor duración de las vacaciones debida al mero consentimiento o tolerancia de la empresa no constituye un derecho adquirido (STS de 20 de diciembre de 1993)

B) Exigencia de posibles responsabilidades por los hechos examinados

No podemos entrar a valorar, respecto de corporativos municipales, de ese Ayuntamiento, sean del actual o anteriores mandatos, la existencia o no de responsabilidades por los anteriores hechos y en que grado y medida pudieran haberse producido y a quien o quienes, en su caso fueren imputables, pues la necesaria neutralidad e imparcialidad que guía la función que desarrolla esta Diputación Provincial en la Asistencia y Asesoramiento Jurídico a las Entidades Locales de la Provincia, y del que el funcionario que suscribe tiene encomendada su dirección técnica, le impide poder atender el asesoramiento interesado, en este punto, a fin de evitar situaciones discriminatorias en la prestación de dicha función que lo ha de ser por igual y para todas las Entidades Locales y sus corporativos actuales y/o de anteriores mandatos (Vid. Epígrafe 2.1. del Protocolo de Actuación I, de la Oficialía Mayor www.dip-badajoz.es/municipios/sael)

De lo que no cabe duda, es que los trabajadores a los que se les abonaron las vacaciones no disfrutadas, no incurrieron en responsabilidad alguna, al no tener estos poder de disposición sobre los presupuestos municipales y que al haber realizado el trabajo que se les remunera aunque lo fuera por compensación a vacaciones no disfrutadas, nada puede hacer el Ayuntamiento al respecto, pues en otro caso se produciría un enriquecimiento injusto a su favor.

Badajoz, julio de 2011

Reconocimiento de compatibilidad para ejercicio de actividad profesional privada a personal eventual.

ANTECEDENTES DE HECHO

Escrito de fecha XX.10.2011, del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XXX, por el que solicita informe, en relación con el asunto epigrafiado en el encabezamiento, adjuntando:

- solicitud de la empleada
- informe de secretaría
- certificación de acuerdo plenario

FONDO DEL ASUNTO.

Por conocido, el informe de Secretaría que se acompaña, al escrito de solicitud del presente y para poder emitir nuestro informe en orden a la cuestión planteada, debemos coordinar varios textos legales que confluyen en el concepto de personal eventual y su relación con la administración local.

Así, en primer lugar, la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP-, mantiene en vigor el anterior sistema de incompatibilidades, adecuándolo en parte al nuevo régimen jurídico establecido en el Estatuto y en lo que nos concierne, define al personal eventual en el artículo. 12 al decir que es el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin. Más adelante se dice 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.

Por su parte el artículo. 176 del RDLeg 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) también establece un marco jurídico para este tipo de personal considerándolo como personal en plantilla de la Corporación.

Por último el artículo. 2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, todavía vigente señala que dicha norma legislativa se aplica al "personal al servicio de las corporaciones locales y de los organismos de ellas dependientes". Más adelante el mismo artículo aclara que "en el ámbito delimitado en el apartado anterior se entenderá incluido todo el personal, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo."

A la vista del marco normativo reseñado y conforme a la Ley 53/84, última mencionada, decir que, en efecto, el ejercicio de actividades profesionales, laborales, mercantiles o industriales fuera de las Administraciones Públicas requerirá, el previo reconocimiento (en el caso de un segundo puesto en el sector público se denomina autorización de compatibilidad) de compatibilidad, y cuya competencia corresponde al Pleno de la Corporación Local (véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2001). como asimismo, la atribuye a este órganos el artículo. 50.9 del ROF.

Por tanto, de acuerdo con el artículo 14 de la ley el «ejercicio de actividades profesionales, laborales, mercantiles o industriales fuera de las Administraciones Públicas, requerirá el previo reconocimiento de compatibilidad», a instancia del empleado público y será autorizado o denegado mediante resolución motivada que se dictara en el plazo de dos meses por el Pleno de la Corporación, que no podrá modificar la jornada y horario de trabajo del interesado y quedará automáticamente sin efecto en caso de cambio de puesto en el sector público. Por lo que, debemos hacer hincapié, en que la solicitud del empleado deberá contener los datos suficientes en cuanto al objeto, características y jornada de la actividad privada para la que se solicita la compatibilidad que puede ser denegada si razonablemente se considera que el trabajo privado puede suponer un obstáculo para el estricto cumplimiento de sus deberes, si, a consecuencia de la jornada en la actividad privada, incide en una falta de rendimiento en su actividad al servicio del Ayuntamiento. De ahí que el artículo 12.2 de la LIF establezca que las actividades privadas que correspondan a puestos de trabajo que requieran la presencia efectiva del interesado durante un horario igual o superior a la mitad de la jornada semanal ordinaria de trabajo en la Administración, sólo podrá autorizarse cuando la actividad pública sea como de prestación a tiempo parcial.

En ningún caso, y de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 53/1984, podrá reconocerse compatibilidad a quien se le hubiere autorizado la misma para un segundo puesto o actividad públicos, siempre que la suma de jornadas de ambos sea igual o superior a la máxima en las Administraciones Públicas.

Sin perjuicio de todas las limitaciones indicadas, por excepción, podrá reconocerse compatibilidad al personal que desempeñe puestos que comporten la percepción de complementos específicos cuya cuantía no supere el 30% de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad, si bien y para el supuesto que motiva el presente, se hace constar expresamente en la solicitud del mismo, que el puesto en cuestión no comporta la percepción de dicho complemento, pues la percepción de complemento específico es de por sí causa objetiva de incompatibilidad (Sentencia del Tribunal Supremo 31 de enero de 1995).

Por último recordar, que no podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal funcionario, al personal eventual y al personal laboral cuando las retribuciones complementarias que tengan derecho a percibir del apartado b) del artículo 24 de la LEBEP incluyan el factor de incompatibilidad al retribuido por arancel y al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección (artículo 16.1 de la LI).

En conclusión, las personas que ocupan puestos para la realización de funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, como personal eventual queda sujeto a las normas de incompatibilidad previstas para los funcionarios en la Ley de incompatibilidades ante citada, siendo el Pleno municipal el competente para la declaración de la posible compatibilidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo. 50 del RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se

aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

De ahí, que la solicitud de la interesada y la propuesta de la Comisión correspondiente, sometida a la consideración del pleno municipal en sesión del día 28.09.2011, y acordada por este, a propósito de la concesión de la posibilidad de realizar actividades privadas (abogacía) al personal eventual (secretario particular del Alcalde), se considera ajustada a derecho en tanto se refleja que estas para que sean compatibles con su puesto de trabajo en el Ayuntamiento, deberán sujetarse al régimen previsto en los artículos. 11 y siguientes de la Ley 53/1984.

Badajoz, octubre de 2011

Recurso de reposición en relación con el proceso selectivo para cubrir con carácter temporal el puesto de Bibliotecario/a

ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha xx noviembre de 2011, tiene entrada en este Servicio escrito del Ayuntamiento de XXX, mediante el que se solicita informe en relación con "Recurso de reposición presentado en proceso selectivo para cubrir una plaza de carácter temporal de Bibliotecario…"
- Junto con la solicitud se acompaña la siguiente documentación:
- Copia del escrito presentado el Registro General del Ayuntamiento por D. XX, con fecha XX 10/2011, de interposición de "RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN, contra el proceso seguido por el Tribunal Calificador que llevó a cabo el proceso de selección para la provisión temporal de una plaza de Bibliotecario/a del Ayuntamiento de XXX".
- Copia de las Bases que han de regir el proceso de selección.
- Copia del Decreto de XX 09/2011, de nombramiento del Tribunal Calificador y de los escritos dirigidos a sus miembros, incluido el escrito de convocatoria al representante de UGT.
- Copia del acta de la sesión celebrada por el Tribunal Calificador el día XX09/2011.

FONDO DEL ASUNTO.

1º. Es la propia recurrente la que en su escrito de interposición califica el recurso como de reposición; sin embargo, añade inmediatamente "… contra el proceso seguido por el Tribunal Calificador que llevó a cabo el proceso de selección …", por lo que parece que el recurso es más bien el recurso de alzada previsto en el artículo 114 de la LPAC en relación con el artículo 107.1 de la misma disposición, por cuanto no se interpone contra la eventual resolución que puso fin al procedimiento, acto contra el que sí procede el recurso potestativo de reposición. Por ello, manteniendo su misma calificación, debe considerarse que la resolución que se ataca es la que pone fin al procedimiento. Además, hay que añadir que, de no entenderlo así, la resolución del recurso no debería entrar en el fondo del asunto, ya que la actuación del tribunal no es por sí misma recurrible en reposición, por cuanto, no pone fin al procedimiento, resultando además que, a estas alturas, el recurrente quedaría sin más acción que el recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 108 de la LRJPAC y su posición, con quebranto del principio "in dubio pro accione", que pretende favorecer aquella interpretación más favorable al ejercicio del derecho a la acción y asegurar, en lo posible, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento.

2º. Entrando en el fondo del asunto, se pasa a continuación a comentar los motivos o alegaciones formuladas por la recurrente:

1. La composición del tribunal hay que entenderla a la luz del contenido de la base 6ª de la convocatoria, prescindiendo del tenor literal de la composición que del mismo se realiza al final de la base citada. En la designación de sus miembros, deberán respetarse los principios de imparcialidad y de profesionalidad y poseer una titulación igual o superior a la requerida para el acceso, requisitos exigidos por el artículo 60.1 del EBEP. El Tribunal es nombrado por Decreto del Sr. Alcalde-Presidente, de 23/09/2011, en el que designa un presidente que no es funcionario de la Corporación, como literalmente exige la composición que consta en las bases. En este sentido debe tenerse en cuenta que siendo el mismo órgano el que aprueba las bases y designa el tribunal, lo que se ha producido de facto es una rectificación de un error material en las mismas, llevada a cabo en los términos permitidos por el artículo 105.2 de la LRJPAC, ya que ningún funcionario de la Corporación con la titulación exigida estaba disponible para presidir el Tribunal. En otro orden, debe señalarse que la propia base 6ª, permite que pueda actuar de presidente, en ausencia de éste, cualquiera de los vocales, estableciendo, incluso un cierto orden de sustitución. Por tanto, en modo alguno merece tacha de nulidad, amparada en el apartado e) del artículo 62.1 de la LRJPAC, al haberse rectificado un error material en la composición del tribunal, mediante la aplicación de los criterios contenidos en la propia base 6ª que regula su composición.

2. Las bases de la convocatoria, que la recurrente ha aceptado al concurrir al procedimiento, no prevén ese trámite de publicación de los miembros del Tribunal y, por lo que respecta a su recusación, la tan citada base 6ª la prevé expresamente, al señalar que deberán abstenerse de intervenir aquellos sobre los que concurran las circunstancias previstas en el artículo 28 de la LRJPAC, permitiendo su recusación por los aspirantes admitidos en el procedimiento, cosa que ninguno de ellos hizo.

3. Las puntuaciones no se cambiaron, sencillamente se cometió un error material en su transcripción que fue subsanado una vez detectado.

4. Las valoraciones de los méritos no pueden ser otras que las que constan en la convocatoria y el Tribunal carece totalmente de competencia para modificarlas, estando obligado además, conforme a lo dispuesto en la base 5ª, a valorar solamente los documentos aportados por los aspirantes antes de finalizar el plazo de presentación de solicitudes, no pudiendo valorar certificados o documentos no aportados en el plazo señalado, salvo que estando el aspirante en posesión del mismo y habiéndolo anunciado junto con la solicitud, aporte el documento con anterioridad a la fecha en que deba constituirse el tribunal.

5. La falta de la firma de algún miembro del Tribunal en alguna página del acta no la invalidad en modo alguno, por cuanto sí constan las firmas del presidente y de la secretaria y, además, es un defectos subsanable en cualquier momento.

6. En modo alguno el tribunal está obligado a atender las alegaciones que se presenten en el procedimiento, si considera que no asiste la razón al reclamante.

7. Las bases han sido aprobadas por un acto administrativo, en este caso de la Alcaldía, y fueron publicadas en la forma habitual. La recurrente tuvo conocimiento de

las mismas y de su contenido, como evidencia que presentara su solicitud de participación. No hay antecedentes de que las impugnara, mediante la interposición de los recursos de que dispone. Además, la mera presentación de la solicitud presupone la aceptación de las bases.

8. Redunda sobre el contenido de la alegación nº 6.

9. En cumplimiento de la base 6ª, fue convocado en calidad de observador el representante de UGT, mediante escrito nº 2011/3123, de XX 09/2011.

10. No existe norma legal que imponga que, celebrada una reunión por un órgano colegiado, el acta de la reunión se tenga que publicar de forma inmediata.

11. Del contenido de la base 3ª, se extrae claramente qué criterios de selección se valoran en fase de concurso, titulación, cursos y experiencia laboral, que el tribunal puntúa automáticamente en base al baremo establecido y a la vista de los documentos aportados por los aspirantes, y cuáles se corresponden con fase de oposición, el proyecto anual de actividades y la entrevista personal, que son valorados discrecionalmente por el tribunal (que, por cierto, otorgó la mayor puntuación a la recurrente), sin más límite que el margen de puntuación que así mismo se determina, como viene señalando la doctrina jurisprudencial de forma reiterada (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1996), "SEGUNDO.- Por lo que se refiere al primer motivo, la sentencia apelada argumenta su rechazo sobre la base de la doctrina jurisprudencial acerca de la discrecionalidad técnica que compete a los Tribunales o Comisiones de las pruebas selectivas para el acceso a la función pública. En este sentido hemos señalado en sentencias de 29 de julio de 1994 y de 5 de junio de 1995 que «cualquiera que sea la ciencia, saber o técnica que deban acreditar los participantes en los concursos y oposiciones, sigue, en principio, con plena vigencia la reiterada jurisprudencia sobre el particular, que encomienda en exclusiva la valoración a las comisiones administrativas constituidas al efecto, a las que no pueden sustituir en cuanto a sus conclusiones valorativas los Tribunales de Justicia», por lo que concluíamos que «solamente en los supuestos en que sea evidente el error padecido por la comisión al calificar como correcta o incorrecta una respuesta, de modo que sea realmente inaceptable, con arreglo a los criterios de la sana crítica, admitir la tesis de la Comisión determinante de aquella valoración, resulte permisible que con todas las cautelas y atendiendo a una casuística muy estricta, los Tribunales de Justicia puedan llegar a la conclusión de que los órganos administrativos no han tenido en cuenta manifiestas condiciones de mérito del partícipe en los concursos u oposiciones o bien que han computado favorablemente contestaciones manifiestamente equivocadas, siendo el caso más claro en este sentido el que se daría en el supuesto de operaciones matemáticas o de habilidades comprobables numéricamente, respecto a cuyo resultado quedase perfectamente acreditado la solución errónea tenida por buena por la Comisión o, a la inversa, la acertada que hubiese sido rechazada»."

12. Los indudables méritos de la recurrente no invalidan en modo alguno los méritos del resto de aspirantes que han concurrido al procedimiento ni los criterios de selección de la bases y la valoración que, en aplicación de los mismos, haya realizado

el tribunal. El proceso se resuelve mediante la aplicación de todos los criterios de selección establecidos en las base, estando el tribunal obligado a seguirlos.

3º. Por todo lo expuesto, este funcionario considera que el Ayuntamiento debe admitir a trámite el recurso y dar contestación al mismo como recurso de reposición contra la resolución que puso fin al procedimiento, correspondiendo su resolución al órgano la dictó, la Alcaldía, en virtud de lo dispuesto en el artículo 21.1.h) de la LBRL.

Este es el informe de la Oficialía Mayor (Asistencia y Asesoramiento Jurídico Local), en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para el Ayuntamiento de XX, en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente, resolverá lo pertinente.

Badajoz, noviembre de 2011.

Trabajadora laboral indefinida que permaneciendo de baja por enfermedad común desde el 24.04.2010, ahora se le va a reconocer por parte del INSS la invalidez permanente total. Se plantean si las vacaciones de 2010 que no las disfrutó, hay que abonárselas en la liquidación.

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha XX.03.11con entrada en nuestro servicio el mismo día,, el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XX, solicita informe en relación con el asunto epigrafiado. Añadir además que se trata de una limpiadora del Ayuntamiento, que es indefinida, cuyos costes salariales los soporta íntegramente el Ayuntamiento, pues no están subvencionados por la Admón. Autonómica. Señalar también que en el Ayuntamiento no tienen Convenio Colectivo que regule las relaciones del personal laboral a su servicio.

FONDO DEL ASUNTO:

PRIMERO

El EBEP al tratar las vacaciones del personal laboral no regula nada al respecto, simplemente el Artículo. 51 refleja que "Para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente .

Debemos entender por legislación laboral correspondiente a la que se refiere el Artículo anterior, por un lado el ET, por otro el Convenio Colectivo de aplicación.

En cuanto al l ET, su Artículo. 38 se limita a decirnos en su punto 1que ." El período de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales. El párrafo segundo del punto 3 regula el periodo de vacaciones cuando coincidan con una baja temporal derivada de embarazo, parto, lactancia, o suspensión del contrato en virtud del Artículo. 48.4 del ET. Son supuestos de vacaciones no disfrutadas en los que se da como solución el derecho a disfrutar de las mismas en fecha distinta al hecho causante y su duración. pero tampoco se compensa económicamente, ni se contempla la baja por enfermedad común

SEGUNDO.

El hecho de no existir Convenio Colectivo que regule las relaciones laborales del personal laboral al servicio del Ayuntamiento, no quiere decir que dichos trabajadores estén sin aplicación de convenio alguno (no obstante sería conveniente e importante su celebración) De ahí que tengamos que acudir STS de 07.10.2004 dictada en casación para la unificación de la doctrina, en la que, en su fundamento de derecho nº 5 se dice:

"Habría sido perfectamente posible que el Ayuntamiento recurrente hubiera gestado un convenio colectivo propio para regular las condiciones en las que se desarrollaría la relación laboral con todos sus trabajadores (abarcando así las distintas clases de

actividad para las que este empleador necesitara contratar empleados en régimen laboral), pues el convenio de empresa es, sin duda alguna, uno de los que vienen comprendidos en la permisión de los artículos. 82 y siguientes del ET y la experiencia demuestra que con mucha frecuencia los Entes públicos tienen su propio convenio.

Pero, al no existir un convenio de este ámbito específico, lo lógico es -conforme a lo antes razonado- que la relación laboral de la que aquí tratamos quede sujeta al Convenio que, con carácter general, resulta aplicable a todas y cada una de las empresas que se dedican a la misma actividad de Guardería Infantil en la que prestaba sus servicios la demandante de origen. Si así no fuera, se crearía un injustificado vacío de regulación en los centros de trabajo a cargo de los Ayuntamientos, y quebraría el principio de igualdad que consagra el artículo. 14 de la Constitución española y también acoge el artículo. 17 del ET, resultando indebidamente perjudicados los trabajadores que prestaran servicios para el Ayuntamiento con respecto a los que los prestaran en la misma actividad para otra empresa en la que no concurriera la cualidad de Ente público."

De lo anterior, cabe entender que a falta de convenio colectivo en el Ayuntamiento para el personal laboral a su servicio, habrá que estarse al sectorial concreto (o estatutario) de aplicación, que en el caso de presente informe, al tratarse de una limpiadora, tendríamos que estar al actual Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de la Provincia de Badajoz (DOE 10.03.09) cuyo Artículo. 17 regula el asunto de las vacaciones y entre otras cuestiones señala que: "Si al comienzo del disfrute de sus vacaciones el trabajador estuviese en situación de I.T por: ingreso hospitalario, intervención quirúrgica, accidente laboral o maternidad, se trasladarán sus vacaciones a otro momento y las disfrutará de mutuo acuerdo con la empresa." Pero tampoco contempla la compensación económica de las vacaciones.

TERCERO

Visto el vacío existente en nuestro ordenamiento jurídico interno, para resolver la cuestión debemos acudir al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala), cuya Sentencia de 20 de enero de 2009 nos da luz al asunto, debido por un lado a cuestiones prejudiciales que se plantearon y por otro, en aplicación de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. (Recordemos que una directiva es obligatoria y vinculante. Como acto normativo, obliga en sus fines pero no en sus medios ,siendo el Estado miembro quien determina éstos)

Retomando la cuestión, hubo dos litigios que originaron esta Sentencia. El que nos interesa es en relación con la cuestión de si un trabajador en situación de baja por enfermedad tiene derecho a vacaciones anuales retribuidas durante dicha baja y, en caso afirmativo, en qué medida un trabajador en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo de las vacaciones anuales y/o del período de prórroga tiene derecho a una compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas aún no disfrutadas en el momento en que finalizó la relación laboral.

La Sentencia tiene como Marco Jurídico el siguiente:
3 El artículo 1 de la Directiva 2003/88 dispone lo siguiente:
«Objeto y ámbito de aplicación
1. La presente Directiva establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo.
2. La presente Directiva se aplicará:
a) a los períodos mínimos […] de vacaciones anuales […]
[…].»
4 El artículo 7 de la misma Directiva está redactado de la siguiente manera:
«Vacaciones anuales
1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.
2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral.»
5 El artículo 17 de la Directiva 2003/88 prevé que los Estados miembros podrán establecer excepciones a lo dispuesto en determinados artículos de dicha Directiva. No se admite excepción alguna en lo que atañe al artículo 7 de la misma.
Cabe destacar de la Sentencia lo siguiente:

29....En tales circunstancias, de lo anterior se deduce, por un lado, que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 no se opone, en principio, a las disposiciones o prácticas nacionales según las cuales un trabajador en situación de baja por enfermedad no tiene derecho a disfrutar las vacaciones anuales retribuidas durante un período que coincida con su baja por enfermedad, siempre que dicho trabajador tenga, no obstante, la posibilidad de ejercitar en un período distinto el derecho que le confiere la citada Directiva.

30...En efecto, según se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si bien el efecto positivo de las vacaciones anuales retribuidas para la seguridad y la salud del trabajador se despliega plenamente cuando se disfrutan en el año previsto, es decir, durante el año en curso, ese tiempo de reposo no pierde interés a este respecto si se disfruta en un período posterior.

32 A la vista de cuanto antecede, procede responder a la primera cuestión planteada en el asunto C-520/06 que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a disposiciones o prácticas nacionales según las cuales un trabajador en situación de baja por enfermedad no tiene derecho a disfrutar las vacaciones anuales retribuidas durante un período que coincida con su baja por enfermedad.

Sobre el derecho a vacaciones anuales retribuidas en el supuesto de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo de las vacaciones anuales, cuando la incapacidad laboral perdure al finalizar dicho período y/o el período de prórroga fijado por el Derecho nacional

36 Procede, pues, examinar qué limites a dicho principio se imponen en las circunstancias específicas del asunto C-350/06. – Situación de baja por enfermedad durante todo el período de devengo de las vacaciones anuales y que perdura en el momento en que finaliza dicho período y/o el período de prórroga.

38 A este respecto, procede recordar que, a tenor del artículo 5, apartado 4, del Convenio nº 132 de la Organización Internacional del Trabajo, de 24 de junio de 1970, relativo a las vacaciones anuales pagadas (revisado), «[…] las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, […] serán contadas como parte del período de servicios

40 Por otro lado, en lo que atañe a este último derecho, la Directiva 2003/88 no hace distinción alguna entre los trabajadores que durante el período de devengo de las vacaciones anuales se ausentan del trabajo como consecuencia de una baja por enfermedad –de corta o larga duración – y aquellos otros que durante dicho período trabajan efectivamente.

41 De ello se deduce que, cuando se trata de trabajadores en situación de baja por enfermedad debidamente prescrita, ningún Estado miembro puede supeditar el derecho a vacaciones anuales retribuidas, que la propia Directiva 2003/88 atribuye a todos los trabajadores (sentencia BECTU, antes citada, apartados 52 y 53), al requisito de haber trabajado efectivamente durante el período de devengo de las vacaciones anuales establecido en el Estado de que se trate.

43 El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 no se opone, en principio, a una normativa nacional que establezca modalidades de ejercicio del derecho a vacaciones anuales retribuidas que atribuye expresamente esta Directiva, aun cuando tal normativa llegue hasta el extremo de incluir la pérdida de dicho derecho al término del período de devengo de las vacaciones anuales o del período de prórroga, siempre y cuando el trabajador, cuyo derecho a vacaciones anuales retribuidas se haya perdido, haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar el derecho que le atribuye la Directiva.

44 Pues bien, procede declarar que un trabajador que durante todo el período de devengo de las vacaciones anuales y a lo largo del período de prórroga fijado por el Derecho nacional se haya encontrado en situación de baja por enfermedad –como es el caso del demandante en el litigio principal en el asunto C-350/06 respecto al año 2005–, se verá privado de todo período que le posibilite disfrutar sus vacaciones anuales retribuidas.

45 Admitir que, en las circunstancias específicas de incapacidad laboral descritas en el apartado anterior, las disposiciones nacionales pertinentes –y, en particular, aquellas que fijan el período de prórroga – puedan prever la extinción del derecho a vacaciones anuales retribuidas que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 garantiza al trabajador, sin que éste haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar el derecho que le reconoce la citada Directiva, supondría la vulneración por tales disposiciones del derecho social que el artículo 7 de la citada Directiva atribuye a todo trabajador.

46 Así, si bien el Tribunal de Justicia ha admitido que los Estados miembros tienen la posibilidad de establecer, en su normativa interna, las condiciones de ejercicio y aplicación del derecho a vacaciones anuales retribuidas, ha precisado, no obstante, que dichos Estados no pueden supeditar a ningún tipo de requisito la propia constitución de este derecho, que se deriva directamente de la Directiva 93/104..

48 una vez sentado por la jurisprudencia citada en los precedentes apartados que el derecho a vacaciones anuales retribuidas –que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 garantiza a los trabajadores– no puede resultar afectado por disposiciones nacionales que impidan la constitución o nacimiento de dicho derecho, no cabe admitir una solución distinta en lo que respecta a disposiciones nacionales que establezcan la extinción del mencionado derecho en el supuesto de un trabajador que durante todo el período de devengo de las vacaciones anuales y/o a lo largo del período DE prórroga se haya encontrado en situación de baja por enfermedad, como sucede en el caso del Sr. Schultz-Hoff, quien no estuvo en condiciones de ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas. En efecto, lo mismo que en las circunstancias del asunto que dio lugar a la sentencia BECTU, antes citada, en la que el Tribunal de Justicia declaró que los Estados miembros no podían impedir el nacimiento del derecho a vacaciones anuales retribuidas, en una situación como la del Sr. Schultz-Hoff los Estados miembros no pueden prever la extinción de ese derecho.

53 los órganos jurisdiccionales remitentes piden en lo sustancial que se dilucide si el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que, al finalizar la relación laboral, no se abonará compensación económica alguna en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período DE devengo de las vacaciones anuales y/o del período de prórroga. En caso de respuesta afirmativa a la mencionada cuestión, el órgano jurisdiccional remitente en el asunto C-520/06 pide que se determinen qué criterios deben aplicarse para calcular la compensación económica.

54 A este respecto, es importante recordar en primer lugar que, en virtud del propio texto del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 –disposición que, según dicha Directiva, no admite excepción alguna–, los trabajadores dispondrán de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas. Por lo tanto, este derecho a vacaciones anuales retribuidas –que, según la jurisprudencia enunciada en el apartado 22 de la presente sentencia, debe considerarse un principio del Derecho social comunitario que reviste especial importancia– se reconoce a todo trabajador, con independencia de su estado de salud.

55 El derecho a vacaciones anuales retribuidas no se extingue al finalizar el período de devengo de las vacaciones anuales y/o el período de prórroga fijado por el Derecho nacional, cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo y no haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar este derecho que la Directiva 2033/88 le reconoce.

56 Una vez finalizada la relación laboral, ya no resulta posible disfrutar de modo efectivo las vacaciones anuales retribuidas. A fin de evitar que, como consecuencia de esta imposibilidad, el trabajador quede privado de todo disfrute del mencionado derecho, incluso en forma pecuniaria, el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88 prevé que el trabajador tendrá derecho a una compensación económica.

60 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Directiva 2003/88 considera que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto vacaciones constituyen dos vertientes de un único derecho. La obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) DECLARA:

1) El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que NO SE OPONE a disposiciones o prácticas nacionales según las cuales un trabajador en situación de baja por enfermedad no tiene derecho a disfrutar las vacaciones anuales retribuidas durante un período que coincida con su baja por enfermedad.

2) El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que SE OPONE a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que el derecho a vacaciones anuales retribuidas se extingue al finalizar el período de devengo de las mismas y/o el período de prórroga fijado por el Derecho nacional, incluso cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo y su incapacidad laboral haya perdurado hasta la finalización de su relación laboral, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas.

3) EL ARTÍCULO 7, APARTADO 1, DE LA DIRECTIVA 2003/88 DEBE INTERPRETARSE EN EL SENTIDO DE QUE SE OPONE A DISPOSICIONES O PRÁCTICAS NACIONALES QUE PREVEAN QUE, AL FINALIZAR LA RELACIÓN LABORAL, NO SE ABONARÁ COMPENSACIÓN ECONÓMICA ALGUNA EN CONCEPTO DE VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS NO DISFRUTADAS AL TRABAJADOR QUE SE HAYA ENCONTRADO EN SITUACIÓN DE BAJA POR ENFERMEDAD DURANTE LA TOTALIDAD O PARTE DEL PERÍODO DE DEVENGO DE LAS VACACIONES ANUALES Y/O DEL PERÍODO DE PRÓRROGA, RAZÓN POR LA CUAL NO HAYA PODIDO EJERCITAR SU DERECHO A VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS. PARA EL CÁLCULO DE DICHA COMPENSACIÓN ECONÓMICA, RESULTA ASIMISMO DETERMINANTE LA RETRIBUCIÓN ORDINARIA DEL TRABAJADOR, QUE ES LA QUE DEBE MANTENERSE DURANTE EL PERÍODO DE DESCANSO CORRESPONDIENTE A LAS VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS.

CONCLUSIÓN:

Vista la Sentencia citada, cae concluir que las vacaciones de la trabajadora del año 2010 hay que abonárselas en la liquidación que se le haga al terminar su relación laboral con el Ayuntamiento.

Badajoz, marzo de 2011

Nombramiento como personal eventual o de confianza a trabajador laboral fijo del Ayuntamiento y consecuencias, en su caso, del cese.

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha XX.10.11 , el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XXX, solicita informe en relación con el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente:

"El trabajador de este Ayuntamiento D. XXX figura contratado por este Ayuntamiento como peón, conforme al contrato de trabajo adjunto al presente escrito, desde el 1 de febrero de 1984. Dicho contrato quedó prorrogado hasta el 31 de diciembre de 1985.....

En la plantilla y relación de puestos de trabajo de la Corporación Municipal, que figura en el presupuesto municipal de cada año, aparece recogida y dotada presupuestariamente esta plaza en el apartado B)PERSONAL LABORAL, laboral fijo como "encargado del servicio de agua y alumbrado público, con una retribución total de 16.200,00 € y un gratificación de 1500,00 €.

En la plantilla de puestos de trabajo existe una plaza de personal laboral eventual de confianza dotada presupuestariamente con una cantidad total anual de XX.76X €, que actualmente se encuentra vacante con ocasión de haber cesado el anterior trabajador con motivo del cambio de corporación, pretendiéndose por equipo de gobierno de la actual corporación que el puesto de personal laboral eventual de confianza sea ocupado por el trabajador citado anteriormente, que desempeña el puesto de encargado del servicio de aguas y alumbrado público.

En cuanto a la normativa municipal de aplicación a sus trabajadores no existe catalogación, ni convenio colectivo de trabajo del Ayuntamiento con los mismos, rigiendo por todo ello en las relaciones laborales con ellos las normas estatales o autonómicas y los convenios sectoriales vigentes.

En consecuencia tengo a bien solicitar informe jurídico sobre..... posibilidad de aprobar este ayuntamiento excedencia voluntaria con reserva de puesto de trabajo para el trabajador referido que tiene previsto designarse personal eventual de confianza. …..

SOLICITA:

……..un informe jurídico que pueda servir de base para la resolución del nombramiento de este trabajador como personal de confianza y aprobar la excedencia voluntaria y reserva de su puesto actual de trabajo.

A mencionado escrito figura como documentación destacable la plantilla de personal y sus retribuciones.

FONDO DEL ASUNTO:

PRIMERO.-

Al hablar de las situaciones administrativas de los empleados públicos debemos remitirnos al EBEP. De entre las reguladas para los funcionarios en el Título VI (Artículos 85 a 91), cabe destacar la de servicios especiales (Artículo. 87.1 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".

La situación administrativa descrita sería en la que quedaría el empleado público si fuera funcionario, o si siendo personal laboral fijo, se recogiera la misma en el convenio colectivo correspondiente, porque para el personal laboral, el Artículo. 92 del anterior indica (en relación a dichas situaciones administrativas) que el mismo "se regirá por el Estatuto de los Trabajadores y por los Convenios Colectivos que les sean de aplicación."Y "Los convenios colectivos podrán determinar la aplicación de este Capítulo al personal incluido en su ámbito de aplicación en lo que resulte compatible con el Estatuto de los Trabajadores"

Por tanto, al no existir convenio colectivo en el Ayuntamiento no se le pueden aplicar al personal laboral de ese Ayuntamiento las situaciones administrativas de los funcionarios públicos en los términos indicados, debiéndose acudir entonces al E.T.

SEGUNDO.-

El E.T. expresa en su Artículo. 46.2 que "El trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años. Este derecho sólo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia."

Por su parte el punto 5 explicita que " El trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa".

Dice un aforismo "in claris non fit interpretatio" o lo que es lo mismo, lo que es claro en la ley no necesita interpretación. Por tanto, para el caso que el trabajador fuera nombrado personal eventual o de confianza, al cesar como tal no tiene una reserva para volver a su puesto de trabajo sino un derecho preferente sobre cualquier vacante (de igual o similar categoría) que exista o que se produzca en un futuro.

TERCERO.-

El trabajador consta en la plantilla ocupando un puesto de trabajo como laboral fijo denominado encargado de servicios de aguas y alumbrado, con unas retribuciones anuales de 16.200 € más 1500 en concepto de gratificación. El puesto de personal eventual o de confianza figura también en la plantilla con unos retribuciones de 23.765 € . Si se pretende que dicho puesto eventual sea ocupado por el trabajador con el fin, entre otras cuestiones, de aumentarle sus retribuciones y teniendo en cuenta, como hemos visto, que no se puede garantizar la reserva del puesto de trabajo a dicho trabajador tras su cese como eventual o de confianza, cabe plantearse lo siguiente:

El Ayuntamiento en calidad de Admón. Pública Territorial y bajo las potestades de autoorganización y planificación -Artículo. 4 Ley 7/85-LRBRL- (esta última concretada también como planificación de los recursos humanos y ordenación de puestos de trabajo-Artículo. 69 y 74 EBEP- respectivamente) podría incrementar sus retribuciones, haciendo una valoración de su puesto de trabajo. Por ejemplo

nombrándole encargado general de obras, alumbrado público y aguas o encargado de servicios múltiples.

Estas valoraciones se suelen hacer vía RPT, de ahí la importancia de tener una, así como un convenio colectivo en donde se pudieran recoger (como así se hace) los mismos derechos y obligaciones de los funcionarios, referidos a situaciones administrativas, régimen retributivo , permisos, licencias, vacaciones, régimen disciplinario, etc.

Las retribuciones de los funcionarios locales (y de cualquier Administración) vienen determinadas todos los años por las diferentes leyes de presupuestos generales del estado; las fijas son las que marca dichas leyes (sueldos, trienios, pagas extra); en cambio con las complementarias (complemento de destino, específico, productividad, etc.,) lo que tenemos son "unas pautas" y es en estas últimas donde los Ayuntamientos tienen más margen de maniobrabilidad.

De tener los trabajadores laborales del Ayuntamiento los mismos conceptos retributivos que los funcionarios (con la tendencia actual de equiparación de retribuciones) y la misma clasificación de grupos y subgrupos, perfectamente sería justificable la subida de retribuciones de dicho trabajador, como decíamos, vía valoración de su puesto de trabajo: por ejemplo esa subida estaría justificada en el complemento específico que está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo referidas, entre otras, a la dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, etc., perfectamente encuadrables en un puesto de trabajo denominado encargado general de obras, alumbrado y aguas o encargado de servicios múltiples.

CUARTO.-

El régimen jurídico del personal eventual o de confianza viene descrito, por un lado en el Artículo. 12 del EBEP:

"1 Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin.

2. 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.

3. El nombramiento y cese serán libres. El cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento.

4. La condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la Función Pública o para la promoción interna.

5. 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"

Por otro y en similares términos se pronuncia el Artículo. de la Ley 7/85 (LBRL) pero precisando algunas cuestiones sobre competencias y obligaciones:

1. El número, características y retribuciones del personal eventual será determinado por el Pleno de cada Corporación, al comienzo de su mandato. Estas determinaciones solo podrán modificarse con motivo de la aprobación de los Presupuestos anuales.
2. 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.
3. Los nombramientos de funcionarios de empleo, el régimen de sus retribuciones y su dedicación se publicarán en el Boletín Oficial de la Provincia y, en su caso, en el propio de la Corporación.

Por su parte el Artículo. 176 TRRL (R.D. Legis. 781/1986) preceptúa que:

Artículo. 176 R. D. Legislativo 781/1986 TRRL

1. El personal eventual se rige por lo establecido en el artículo 104 de la Ley 7/1985, de 2 de abril.
2. Los puestos de trabajo reservados a este tipo de personal deberán figurar en la plantilla de personal de la Corporación.
3. Podrán ser desempeñados por personal eventual determinados puestos de trabajo de carácter directivo, incluidos en la relación de puestos de trabajo de la Corporación, de acuerdo con lo que dispongan las normas que dicte el Estado para su confección. En estos supuestos, el personal eventual deberá reunir las condiciones específicas que se exijan a los funcionarios que puedan desempeñar dichos puestos.
4. En ningún caso el desempeño de un puesto de trabajo reservado a personal eventual constituirá mérito para el acceso a la función pública o a la promoción interna

CONCLUSIÓN

El trabajador tiene derecho a la excedencia voluntaria, no así a la reserva de puesto de trabajo; lo que conserva es un derecho preferente sobre cualquier vacante que se produzca.

Previa valoración de su puesto de trabajo, cabría la posibilidad de incrementar su retribuciones (complementarias)como personal laboral fijo.

Badajoz octubre 2011

Impugnación de bases de selección del conserje colegio público (contrato temporal de 1 año)

ANTECEDENTES DE HECHO

En dicha petición de informe, figura como documentación que se acompaña las bases de selección, el recurso de reposición presentado contra éstas e información facilitada por correo electrónico de la Secretaria del Ayuntamiento.

FONDO DEL ASUNTO:

CONSIDEREACIONES PREVIAS

Examinada la documentación e información debemos destacar lo siguiente:

-El recurso de reposición pretende la anulación del requisito a) de las bases ("No haber sido contratado por este Ayuntamiento durante 24 meses en los últimos 30 meses, sumando la presente contratación") por vulneración del Artículo. 23.2 CE

-Las bases se publican en el tablón de anuncios del Ayuntamiento el 08.08. 11, fecha en la que el reclamante precisamente estaba contratado como conserje (su contrato finalizó el 31.08.11)

-El recurso de reposición contra las bases tiene fecha de entrada en la Delegación del Gobierno el día 09.09.11 y fecha de entrada en el Ayuntamiento el 15.09.11.

-En dichas bases no se establece plazo de impugnación mediante los recursos procedentes.

-El plazo de presentación de instancias era hasta el 19.08.11. El reclamante no presentó instancia alguna, por tanto no aparece como incluido o excluido en las correspondientes listas de fecha 22.08.11. El proceso selectivo se realizó el 24.08.11

-Como requisitos para poder participar figuran, entre otros:

a) No haber sido contratado por el Ayuntamiento durante 24 meses en los últimos 30 meses. Como decíamos antes, este es el motivo del recurso del reclamante.

b))Estar desempleado a la finalización de plazo de instancias (el 19.08.11), requisito que no reunía el reclamante, pues como hemos dicho, ha estado trabajado hasta el 31.08.11. Este requisito no lo ha impugnado.

c) Los demás requisitos como el empadronamiento en la localidad(0,5puntos),la discapacidad superior al 33% (2 puntos), e hijos a cargo (1 hijo 0,3 puntos; 2, 0,4 puntos; 3 ó +, 0,5 puntos) tampoco los ha impugnado.

d) El proceso selectivo se realizó en su día y el seleccionado está trabajando.

PRIMERO.

Sin entrar aún en el fondo del asunto, debemos señalar que en un principio podría haberse producido una presentación extemporánea del recurso de reposición, ya que el plazo de un mes para presentarlo comprendía (de conformidad al Artículo. 48.2 Ley 30/92) desde el día siguiente al de la publicación de las bases en el tablón de anuncios del Ayuntamiento, esto es, desde el día 9 de agosto hasta el 8 de septiembre. Pero como este último fue el día de Extremadura (siguiendo el punto 3 de dicho artículo) hay que entenderlo prorrogado hasta el día 9 de septiembre, fecha en la que presenta el recurso de reposición en la Delegación del Gobierno. Por tanto, no se ha producido tal extemporaneidad en la presentación del recurso.

SEGUNDO.-

Debemos tener en cuenta que los argumentos esgrimidos en vía administrativa por el recurrente es de prever que serán igualmente usados en su caso, para hacer valer sus pretensiones en sede judicial. De lo anterior, el Ayuntamiento lo que debería hacer es "contrarrestarlos" con los suyos, y el presente informe trata de buscarlos.

Por ello debemos comenzar a plantearnos si el hecho de que el reclamante no presentara instancia alguna, y por consiguiente, que no apareciera como incluido o excluido en las correspondientes listas, cabe entenderlo en el sentido de que no tiene la condición de interesado. Y por tanto, no está legitimado para impugnar las bases de selección.

Recordemos lo que dice el Artículo. 31.1 Ley 30/92 sobre los que tienen la condición de interesados.

"A)Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

B) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

C) Aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva".

Para justificar nuestro planteamiento y "rebatir" dichos conceptos de interesado, cabe señalar en relación a la letra a) que el reclamante al no presentar instancia, no promueve el procedimiento y por tanto, no puede tener la condición de interesado. En relación a la letra b), para resultar afectado por la decisión, tendría que, aun sin haber interpuesto recurso, igualmente haber presentado instancia y ser excluido de las listas (provisionales y definitivas), sin poder participar en el proceso selectivo. La exclusión de la listas es un acto de trámite que decide el procedimiento para el excluido. En cuanto a la letra c), que con la terminación del proceso selectivo recayó resolución definitiva por la cual se decidió el mismo.(el día 26.08.11 se celebró la prueba y terminó el 29.08.11 mediante resolución de la Alcaldía) y el reclamante presenta su recurso el día 09.09.10 Es decir, se ha producido un acto firme y contra el mismo no se puede interponer recurso alguno (salvo el extraordinario de revisión), basado en la impugnación de unas bases.

Pero es que además con lo datos que disponemos caber preguntarse por qué no impugnó también (para poder presentarse) el requisito de estar desempleado a la finalización de plazo de presentación de instancias (el 19.08.11): La respuesta la hemos dado más arriba, y es que el reclamante estuvo trabajando hasta el 31.08.11. O por qué no impugnó los requisitos de empadronamiento y el tener hijos a cargo por los cuales se podían aportar puntos como méritos. Por las mismas razones que alega en su recurso cabe entender que serían impugnables los restantes requisitos bajo la condición de vulnerar dicho Artículo. 23.3 C.E.

El requisito impugnado lo establece el Ayuntamiento en las bases para evitar los efectos de la concatenación de contratos que conllevan, cuando se dan las condiciones del Artículo. 15.5 ET que el trabajador obtenga la condición de fijo (cabe

intender “interino”) hasta que la plaza se cubra mediante los procedimientos ordinarios de selección. (Disp. Adic. 15 ET) Por tanto el Ayuntamiento lo único que hace es defender sus intereses, para evitar los efectos de dicho Artículo mencionado. Y lo hace dentro de las potestades de autoorganización y planificación (RRHH) que le otorga el Artículo. 4 de la Ley 7/85 LBRL. Esta última aparece recogida también en el Artículo. 69 EBEP (Ley 7/2007.). Es decir, la inclusión de dicho requisito lo hace el Ayuntamiento que es una Administración Local y a la vez ”empresario” sin ánimo de lucro, con el fin de seguir creando empleo, puesto que necesita la contratación de otro conserje para el curso 2011-2012 y eludir los efectos negativos que suponen la aplicación de susodicho Artículo. 15.5 ET. El hecho de velar por sus intereses el Ayuntamiento, con la inclusión de dicho requisito no vulnera el principio constitucional de igualdad de acceso a las funciones y cargos públicos, porque lo único que hace el Ayuntamiento es utilizar sus potestades (de autoorganización y planificación) en calidad de Administración Pública de carácter territorial y, como hemos dicho, defender sus intereses y a la vez crear empleo.

Por otro lado decir que con la entrada en vigor del R.D. Ley 10/2011 ha quedado en suspenso desde el 31 de agosto de 2011 la aplicación de la concatenación del contratos del Artículo. 15.5 ET durante 2 años, lo que refuerza aún más la no vulneración del Artículo. 23.2 CE

TERCERO.-

Lo cierto es que el reclamante no reunía los requisitos para poder participar y bajo el alegato de vulneración del Artículo. 23.2 CE, presenta recurso de reposición. Recordemos que dicho Artículo establece que los ciudadanos “asimismo tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

Tradicionalmente, las bases de selección de personal son la «ley» que regula todo el proceso selectivo y como tales tienen fuerza de obligar y son vinculantes para el tribunal, para la Administración convocatoria y para los aspirantes, de tal forma que una vez publicadas no pueden modificarse, salvo por los procedimientos establecidos en la normativa para la revisión de los actos administrativos a que se refieren los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992. Volvemos a recordar que el reclamante nunca tuvo la condición de aspirante, al no presentar instancia y no aparecer (excluido) en las listas, y por tanto, no tener la condición de interesado. Así el Artículo. 15.4 R.D. 364/1995 (de aplicación supletoria)establece que “las bases de las convocatorias vinculan a la Administración y a los Tribunales o Comisiones Permanentes de Selección que han de juzgar las pruebas selectivas y a quienes participen en las mismas. Insistimos en recordar que el reclamante no ha participado en el proceso selectivo.

Por su parte del Artículo. 91.2 LBRL establece en la selección de todo personal que se deben garantizar los principios constitucionales de igualdad mérito y capacidad, más la publicidad. Y el 103 TRRL dispone que “el personal laboral será seleccionado por la propia Corporación ateniéndose, en todo caso, a lo dispuesto en el Artículo. 91 y con

el máximo respeto al principio de igualdad de oportunidades" Como hemos dicho, con el planteamiento del recurso no se vulneran los principios mencionados.

En este sentido cabe traer a colación la STC 281/1993 "El derecho fundamental reconocido en el Artículo. 23.2 CE no es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral por parte de las AAPP, de manera que el trato discriminatorio denunciado sólo podría conculcar el principio general de igualdad establecido en el Artículo. 14 CE, del que el Artículo. 23.2 no es sino, una concreción específica en relación con el ámbito de los cargos y funciones públicas. Una diferencia no justificada es la contenida en el baremo ahora enjuiciado, toda vez que diferenciar a los concursantes en función del Ayuntamiento en el que han adquirido determinada experiencia y no a partir de la experiencia misma, con independencia de la Corporación en la que se hubiera adquirido, no es criterio razonable, compatible con el criterio constitucional de igualdad. Antes aun, con semejante criterio evaluador, se evidencia una clara intención de predeterminación del resultado del concurso en favor de determinadas personas y en detrimento-constitucionalmente inaceptable- de aquellas que contando con la misma experiencia la han adquirido en otros Ayuntamientos.

En el caso nuestro estamos ante un supuesto de contratación de personal laboral temporal en el que no cabe invocar, según esta Sentencia, la vulneración del Artículo. 23.2 EC, Pero más aún, se introduce el requisito impugnado para respetar escrupulosamente al máximo el principio de igualdad de oportunidades (como con el de estar desempleado) y al mismo tiempo, velar por los intereses del Ayuntamiento (esto último ya explicado sobremanera más arriba), motivo por el cual aparece justificada la inclusión del mismo. Por otro lado parecería "mas encuadrable" en el sentido de vulnerar el Artículo. 23.2, el hecho de establecer como uno de los requisitos el estar empadronado en la localidad en detrimento de las personas que deseen participar en el proceso selectivo y no lo estén.

CONCLUSIÓN

Con independencia de las posibilidades de triunfo en sede judicial de las pretensiones del reclamante, el Ayuntamiento debería desestimar el recurso de reposición por los motivos expresados más arriba que en resumen son:

- Que el reclamante no tiene la condición de interesado.
- Con la introducción de dicho requisito el Ayuntamiento lo único que hace es defender sus intereses amparado en sus potestades legales de autoorganización y planificación. La suspensión desde el 31.08.11 por R.D.Ley de la concatenación del contratos del Artículo. 15.5, refuerza el buen hacer del Ayuntamiento para la defensa de dichos intereses.
- Que el reclamante no reunía otros requisitos para poder participar, como el estar desempleado.
- Que las bases de selección tienen fuerza vinculante y obligan a la Admón Convocante, al tribunal y a los aspirantes; el reclamante nunca reunió la condición de aspirante.

– Que con las bases de la convocatoria se pretende respetar al máximo el principio de igualdad de oportunidades.
– Una vez seleccionado el aspirante se produce un acto firme contra el cual no se puede interponer recurso alguno (salvo el extraordinario de revisión) basado en la impugnación de un requisito de unas bases.
– La STC 281/1993 mencionada

Badajoz octubre 2011

Jornada laboral y retribuciones de Policía Local.

CUESTIONES PLANTEADAS

¿ Qué validez legal tiene el Acuerdo retributivo que a continuación se expresa y formalizado entre la Alcaldesa anterior, el Concejal Delegado de Economía y los miembros de la Policía Local de este ayuntamiento ? ¿ qué responsabilidades pueden exigirse, en su caso, a todos los firmantes del mismo ?

ACUERDO: Por cada hora de servicios extraordinarios, fuera de su jornada laboral, previa comunicación y autorización de la Sra. Alcaldesa, se pagará a x5€ la hora, con un máximo de 80 horas anuales. Los servicios extraordinarios se realizarán según necesidades del servicio que surjan.

Por cada festivo realmente trabajado y justificado se abonará la cantidad de xx€ por festivo.

Si por necesidades del servicio se trabaja un día que corresponde librar al agente, este día preferentemente se descansará en otra jornada, si esto no fuese posible se pagar

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) determina en su artículo 94:

"La jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en computo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado.

Se les aplicarán las mismas normas sobre equivalencia y reducción de jornada."

Por consiguiente, como regla general, los funcionarios locales, en su cómputo global anual, tienen idéntica jornada laboral que la de los funcionarios perteneciente a la Administración del Estado. Este cómputo global no constituye un mínimo o máximo por encima o por debajo del cual pueden las Administraciones hacer los ajustes que más le convengan, sino que constituye una identidad horaria, que no puede ser cambiada. Cuestión distinta es su distribución a lo largo de los días laborables, que puede ser diversa, como diversos pueden ser los tipos de trabajo y turnos que, en función de la actividad o del servicio al que los funcionarios estén adscritos, su distribución puede y debe ajustarse al hecho diferenciador al que obedezca.

Por otro lado, en cuanto al régimen retributivo de los funcionarios de la Administración local, es ésta una competencia que tampoco se desenvuelve en el ámbito local, sino que igualmente está atribuida al Estado (artículo 149.1.13 de la Constitución Española). Pero es más, el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, en su artículo 21.1 establece: " Las cuantías de las retribuciones básicas y el incremento de las cuantías globales de las retribuciones complementarias de los funcionarios, así como el incremento de la masa salarial del personal laboral, deberán reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos.".

A mayor abundamiento, la propia LRBRL, en su artículo 93, determina:

1. Las retribuciones básicas de los funcionarios locales tendrán la misma estructura e idéntica cuantía que las establecidas con carácter general para toda la función pública.
2. Las retribuciones complementarias se atendrán, asimismo, a la estructura y criterios de valoración objetiva de las del resto de los funcionarios públicos.
Su cuantía global será fijada por el Pleno de la Corporación dentro de los límites máximos y mínimos que se señalen por el Estado.
Las Corporaciones locales reflejarán anualmente en sus presupuestos la cuantía de las retribuciones de sus funcionarios en los términos previstos en la legislación básica sobre función pública.
Por consiguiente, y por lo que aquí interesa, la cuantía de las retribuciones de los funcionarios al servicio de la Administración, debemos concluir sobre la cuestión retributiva que su cuantía , estructura y límites, entre la que debemos entender incluidas las horas extraordinarias, deben respectar esos topes mínimo y máximo que en la Ley de Presupuestos del Estado se fije para cada ejercicio, por cuanto se comportan a todos los efectos con ese concepto de "masa salarial", cuya modulación sí puede ser objeto de negociación en cuanto a su distribución. En todo caso, toda desviación, vía negociación o acuerdo de los órganos de gobierno local, estaría afectada de nulidad desde el momento que no respetara los porcentajes máximos de incremento determinados en la Ley de Presupuestos del Estado.
Sobre la estricta cuestión planteada por el Ayuntamiento de XXX el acuerdo entre Ayuntamiento y Policías Locales, debemos decir que en nuestra opinión trasgrede las normas anteriormente citadas, es decir, no respeta ese principio de "uniformidad" en computo global, además de vulnerar tanto la propia Constitución en cuanto a materias reservadas al Estado (artículo 149.1.13), ya que el Ayuntamiento ha pretendido modificar la cuantía de las retribuciones de estos funcionarios, en concreto bajo un criterios diferente y por importes que superarían a los determinados en la Ley de Presupuestos. Con el agravamiento de no tener en cuenta otras normas sectoriales que van encaminadas a un ahorro en el gasto público con motivo de la difícil situación económica de nuestro país y, muy especialmente, de las Corporaciones Locales.
Es por ello, y siguiendo no sólo la normativa citada sino la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, debemos concluir sobre la primera cuestión afirmando que la fuerza de la negociación, colectiva o subjetiva, en este caso, cede de manera indubitada ante la norma, la de Presupuestos en este caso. En efecto, recuérdese que el artículo 22.9 de la Ley 39/2010, de Presupuesto Generales del Estado para 2011, determina:
"Los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables las cláusulas que establezcan cualquier tipo de incremento."
Por último, en lo que se refiere a la cuestión relativa a la responsabilidad que pueda exigirse a las partes firmantes del acuerdo de referencia, el personal funcionario, policías locales, no incurría en más responsabilidad que la derivada de la percepción

de ingresos indebidos, por cuanto a éstos no les corresponde el poder decisión que a los órganos y autoridades les asigna la LRBRL, especialmente, y respecto a éstos últimos, si tenemos en cuenta que conocían vía informe de Secretaría la opinión desfavorable a tal acuerdo por su manifiesta ilegalidad.

Así, el artículo 78 de la LRBRL dispone :

1. Los miembros de las Corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo.

Las responsabilidades se exigirán ante los Tribunales de Justicia competentes y se tramitarán por el procedimiento ordinario aplicable.

2. Son responsables de los acuerdos de las Corporaciones locales los miembros de las mismas que los hubiesen votado favorablemente.

3. Las Corporaciones locales podrán exigir la responsabilidad de sus miembros cuando por dolo o culpa grave, hayan causado daños y perjuicios a la Corporación o a terceros, si éstos hubiesen sido indemnizados por aquélla.

4. Los Presidentes de las Corporaciones locales podrán sancionar con multa a los miembros de las mismas, por falta no justificada de asistencia a las sesiones o incumplimiento reiterado de sus obligaciones, en los términos que determine la Ley de la Comunidad Autónoma, y supletoriamente, la del Estado.

Por consiguiente, y como conclusión sobre esta segunda cuestión, será de la competencia del Pleno tanto la relativa a las responsabilidades a que hubiere lugar por la adopción del acuerdo o convenio de referencia como la de dejar sin efecto el contenido económico del mismo.

Badajoz, julio de 2011

Solicitud de reincorporación a su puesto de trabajo habitual de funcionario jubilado por incapacidad permanente en el grado de total.

ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha X junio de 2011, tiene entrada en este Servicio escrito del Ayuntamiento de XX, en relación con la solicitud de reincorporación de un funcionario jubilado, mediante el que se solicita informe "... sobre la procedencia o no de dicha reincorporación."
- Mediante Resolución XX de septiembre de 2009, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, declaró la incapacidad permanente en el grado de total para la profesión habitual del entonces funcionario de carrera del Ayuntamiento, Agente de la Policía Local, Don XXX.
- El Sr. XXX, mediante escrito de X de mayo de 2011, ha solicitado la reincorporación a su puesto de trabajo habitual, para desempeñar las funciones propias del mismo, excepto la de utilizar armas e intervenir cuando se produzca algún altercado público.
- El Sr. Alcalde-Presidente, mediante decreto XX de mayo de 2011, ha acordado la incorporación del Sr. XX a su puesto de trabajo, con efectos a partir del día XX junio de 2011.

FONDO DEL ASUNTO.

1º. El propio EBEP en su artículo 2.1, al regular su ámbito de aplicación, dispone que "... se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral ..." de las Administraciones de las Entidades Locales, para establecer a continuación, en el artículo 3.1 que "El personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local." Estos preceptos, junto con la Disposiciones Final Primera, que confiere carácter básico a todo el articulado, y Final Cuarta, "Entrada en vigor", que estable que "3. Hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto.", permiten completar el sistema de fuentes de nuestras Administraciones en materia de sus empleados públicos, del que resulta el siguiente orden:

Estatuto Básico del Empleado Público.

Legislación de función pública de la Comunidades Autónomas con competencias en materia de régimen local.

Legislación de régimen local (LBRL y TRRL), que continuará vigente en todo lo que no se opongan a las anteriores.

2º. Por lo que respecta a la situación de jubilación del funcionario, debe hacerse constar que el artículo 64 del EBEP regula, en el apartado c), como causa de la pérdida de la condición de funcionario "c) La jubilación total del funcionario.", en tanto que el artículo 138.e) del TRRL, regula esa causa de pérdida de la condición de funcionario en términos distintos al establecer "e) Por jubilación forzosa o voluntaria." La novedosa redacción del EBEP engloba las dos posibles jubilaciones, forzosa o voluntaria, a las que se refiere el TRRL, pero es precisamente la primera de estas normas la que aclara ese novedoso concepto de "jubilación total" en el artículo 67, precepto cuyos apartados 1.a) y 1.b) regulan la incapacidad permanente y la jubilación parcial, respectivamente, en los siguientes términos:

"1. La jubilación de los funcionarios podrá ser:

.../...

c) Por la declaración de incapacidad permanente para el ejercicio de las funciones propias de su cuerpo o escala, o por el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente absoluta o, incapacidad permanente total en relación con el ejercicio de las funciones de su cuerpo o escala.

d) Parcial. De acuerdo con lo establecido en los apartados 2 y 4."

Del precepto transcrito se extrae la conclusión de que la incapacidad permanente para el ejercicio de la funciones propias de su cuerpo o escala es una forma más de jubilación total del funcionario que comporta sin más, como hemos visto, la pérdida de la condición de funcionario, por lo que tras acordarse la misma el funcionario en cuestión es separado del servicio de manera inmediata y sin más demora, pasando a la condición de jubilado con todos los derechos inherentes a la misma.

3º. Otro aspecto de interés son las características de la jubilación obtenida por el Sr. Tamayo González que es, según consta en la Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social, la de incapacidad permanente en el grado de total para la profesión habitual.

La regulación de los grados de invalidez está recogida en el artículo 137 del TRLGSS, cuyo apartado 4, establece el concepto de incapacidad permanente total como aquella "... que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta." Este concepto remite a su vez al de profesión habitual, así mismo recogido en el apartado 2 del mismo precepto, que distingue entre los supuestos de accidente y de enfermedad común o profesional, disponiendo respecto de este último que es "... aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine."

La conclusión es que el funcionario jubilado en esta situación podrá trabajar en cualquier profesión u oficio a condición de que no sea el mismo que desempeñaba anteriormente, siempre que todas las tareas o las tareas fundamentales de la nueva no sean coincidentes con la de la anterior. Sensu contrario, en modo alguno: 1º, podrá trabajar en la profesión anterior, incluso aunque se descarguen determinadas tareas

de la misma; y 2º, podrá trabajar en otra profesión u oficio cuyas tareas, sean todas o las fundamentales, no coincidan con las de la anterior.

4º. Toda vez que pese a que, como se ha visto, el trabajador en situación de jubilación permanente total, tiene derecho a realizar otros trabajos, no quiere ello en modo alguno decir que su anterior empresa tenga la obligación de satisfacer su eventual demanda en dicho sentido, porque no estamos ante los supuestos de rehabilitación de la condición de funcionario ni de reingreso al servicio activo, regulados en los artículos 68.1 y 91 del EBEP, respectivamente. Por lo que respecta al primero de ellos, la rehabilitación de la condición de funcionario, la norma habilitante exige dos requisitos: la desaparición de la causa objetiva que motivó la jubilación por incapacidad permanente y que lo solicite el interesado. Dándose ambos requisitos, está concebido como un acto reglado, de suerte que a la Administración no le cabe más solución que acceder a la solicitud, pero si no desaparece la causa que motivó la jubilación y esta misma no opera la rehabilitación en la condición de funcionario. En cuanto al reingreso al servicio activo, es un supuesto al que se puede acudir estando en determinadas situaciones administrativas propias de los funcionarios de carrera (artículo 85.1 del EBEP), distintas de la de servicio activo, que llevan aparejado el derecho a la reserva del puesto de trabajo. El reingreso no es tampoco el caso porque el reingreso es un derecho del funcionario de carrera y la jubilación es precisamente una de las causas de pérdida de tal situación, conforme al ya citado artículo 64 del EBEP.

5º. Por último, se reitera que nada impediría al Sr. Tamayo González trabajar, habida cuenta su condición de jubilado por incapacidad permanente total. Incluso, nada le impediría, en principio, trabajar en el propio Ayuntamiento en el que prestó sus servicios como funcionario activo, para ello, la condición imprescindible es que no se trate de la misma profesión.

No obstante, el hecho de que haya estado trabajando anteriormente en modo alguno supone el reconocimiento de derecho de clase alguna a la obtención de un puesto de trabajo en dicha administración y ello además sin olvidar que el acceso a la función pública está limitado:

9. Por los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (artículo 51.1 del EBEP).

10. Su selección debe llevarse a cabo mediante los procedimientos que garanticen los referidos reseñados y los recogidos en el apartado 2 del artículo citado -publicidad de las convocatorias y de sus bases, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar y agilidad en los procesos de selección-, requisito así mismo reiterado en el artículo 62.1.a) del EBEP, para la adquisición de la condición de funcionario de carrera.

11. Por el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 56.1 del EBEP, entre los que se encuentra el de “b) Poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas.”

Además, el artículo 62.1 del EBEP exige, para la adquisición de la condición de funcionario de carrera, además de la superación del correspondiente proceso selectivo el cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos:

"…/…

b) Nombramiento por el órgano o autoridad competente, que será publicado en el Diario Oficial correspondiente.

c) Acto de acatamiento de la Constitución y, en su caso, del Estatuto de Autonomía correspondiente y del resto del Ordenamiento Jurídico.

d) Toma de posesión dentro del plazo que se establezca."

Finalmente, parece recomendable que se analice la situación desde el punto de vista las incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones pública, de conformidad con lo previsto en el artículo 1.2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre.

Badajoz, junio de 2011.

Retribuciones de funcionario municipal en situación de baja por enfermedad

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha X de febrero y entrada en esta Institución Provincial el mismo día del mes del año en curso , el Sr. Alcalde- Presidente del Ayuntamiento de XX interesa informe sobre el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente:

" DERECHOS RETRIBUTIVOS FUNCIONARIO ANTIGUO MUNPAL DE BAJA POR ENFERMEDAD DESDE EL MES DE MAYO DE XX, ASÍ COMO REGIMEN DE COTIZACION A LA SEGURIDAD SOCIAL"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera. En aplicación del artículo 142 del Texto Refundido de Régimen Local (TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se regula el régimen de las licencias de los funcionarios de la Administración local, y que establece que estos tendrán las licencias que se hayan regulado por la legislación de la función pública de la respectiva comunidad autónoma y, supletoriamente, por la de los funcionarios públicos estatales. Así, veníamos manteniendo que los funcionarios locales tendrán derecho a la licencia por enfermedad, la cual se establecía en el artículo 69 de la Ley de funcionarios civiles del Estado (LFCE), aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero.

Durante la baja por enfermedad, un funcionario tenía el derecho a la concesión de licencia por enfermedad; licencia que formaba parte de su régimen estatutario y, por consiguiente, no era aplicable el régimen general de la Seguridad Social para los trabajadores, que quedan en situación de incapacidad temporal (IT), sino una licencia por enfermedad.

A la vista de lo anterior, en la licencia por enfermedad, durante los tres primeros meses, el funcionario tenía derecho a la percepción de sus retribuciones íntegras; entendiendo por tales, además de las básicas, aquellos complementos que, como los de destino y específico, son de carácter objetivo, de cuantía fija y vencimiento periódico (mensual), pero no aquellas otras que, como el complemento de productividad y las gratificaciones, exigen la presencia efectiva del funcionario en su puesto de trabajo.

A partir del cuarto mes y previa acreditación para las sucesivas prórrogas, el derecho quedaba reducido a las retribuciones básicas, sin perjuicio de lo prevenido en el Régimen General de la Seguridad Social.

Segunda. Posteriormente, desde el 1 de enero de 2009, el artículo 69 LFCE no tiene vigencia, por cuanto que fue derogado por la disposición derogatoria primera de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009.

Pero dicha derogación no implicó una modificación sustancial de la regulación expuesta, por cuanto, en esa misma Ley, se modificó la normativa de la Seguridad Social. Así, en la disposición final séptima, se modificaron los artículos 18 a 22 del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido

de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado. En cuanto a lo que aquí nos interesa, el artículo 21, en su nueva redacción, establece que la prestación económica en la situación de incapacidad temporal consistirá:

«1. a) Durante los primeros tres meses, en la totalidad de las retribuciones básicas y de las retribuciones complementarias del funcionario en la misma cuantía a las que le correspondería en cada momento en su puesto de trabajo si no se encontrase en esta situación de incapacidad temporal, y con cargo a los mismos conceptos presupuestarios por los que se venían percibiendo dichas retribuciones.

b) Desde el cuarto mes percibirá las retribuciones básicas, la prestación por hijo a cargo, en su caso, y un subsidio por incapacidad temporal a cargo de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, cuya cuantía, fija e invariable mientras dure la incapacidad, será la mayor de las dos cantidades siguientes:

1ª El 80 por ciento de las retribuciones básicas (sueldo, trienios y grado, en su caso), incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, correspondientes al tercer mes de licencia.

2ª El 75 por ciento de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia.»

Pero este artículo no les era aplicable a los funcionarios de la Administración Local, que quedaban expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la misma [artículo 3.2.a) del Real Decreto Legislativo 4/2000]. Los funcionarios locales, como los de las Comunidades Autónomas, se rigen por el Régimen General de la Seguridad Social, y no por este régimen especial.

Tercera. De esta manera, las incapacidades temporales por enfermedad, para el caso de los funcionarios de la Administración Local, se encontraban reguladas en la siguiente normativa, según la línea interpretativa iniciada por la sentencia de la sala tercera de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo, de 25 de mayo de 2005,

— Real Decreto 480/1993, de integración en el Régimen General de la Seguridad Social de los Funcionarios de Administración Local.

— Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, de Régimen General de la Seguridad Social.

— Por tanto, y en base a ello, no será aplicable al supuesto planteado el Real Decreto Legislativo 4/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.

Cuarta. Sin embargo, y a pesar de todo lo expuesto, la regulación de las incapacidades temporales por enfermedad para los funcionarios de la Administración Local ha vuelto a modificarse, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley de Presupuestos del Estado para el ejercicio 2010.

Dicha norma establece en su disposición adicional sexta lo siguiente:

«Sexta. Extensión de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado al resto de funcionarios.

Sin perjuicio de la integración en el régimen general de la Seguridad Social del régimen especial de los funcionarios de la Administración Local y de la integración en

dicho régimen de los funcionarios de la Administración General del Estado y de las Administraciones Autonómicas en los casos en los que así proceda, todos los funcionarios integrados en el régimen general de la Seguridad Social, sea cual sea la administración en la que prestan sus servicios, cuando se encuentren en la situación de incapacidad temporal, durante los tres primeros meses, tendrán la misma protección en dicha situación que la prevista para los funcionarios civiles del Estado en el artículo 21.1.a) del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio.

Lo dispuesto en el párrafo anterior tendrá vigencia indefinida y retrotraerá sus efectos a la fecha de entrada en vigor de la disposición derogatoria primera de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009.

La norma recién mentada tiene importantes consecuencias, pues unifica de una vez por todas, y de manera indefinida y retroactiva hasta el 1 de enero de 2009, el régimen de cobertura por incapacidad temporal transitoria por enfermedad, esto es, la baja laboral. Así, para todos los funcionarios, sin importar la Administración a la que pertenezcan, rige lo contenido en el artículo 21 del Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, que recordemos que hasta finales de 2009 no era aplicable a los funcionarios de la Administración Local.

Por tanto, y reproduciendo lo ya expuesto anteriormente, y por aplicación de dicho precepto, la prestación económica en la situación de incapacidad temporal consistirá:

«1. a) Durante los primeros tres meses, en la totalidad de las retribuciones básicas y de las retribuciones complementarias del funcionario en la misma cuantía a las que le correspondería en cada momento en su puesto de trabajo si no se encontrase en esta situación de incapacidad temporal, y con cargo a los mismos conceptos presupuestarios por los que se venían percibiendo dichas retribuciones.

b) Desde el cuarto mes percibirá las retribuciones básicas, la prestación por hijo a cargo, en su caso, y un subsidio por incapacidad temporal a cargo de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, cuya cuantía, fija e invariable mientras dure la incapacidad, será la mayor de las dos cantidades siguientes:

1ª. El 80 por ciento de las retribuciones básicas (sueldo, trienios y grado, en su caso), incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, correspondientes al tercer mes de licencia.

2ª. El 75 por ciento de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia.»

Quinta.- De modo especifico para los funcionarios locales, y en concreto para el que es objeto de consulta, señalar que queda sometido al régimen mencionado teniendo en cuenta por lo demás que según el artículo 1.1 del Real Decreto 480/1993, de 2 de abril, el personal activo y pasivo que, en 31 de marzo de 1993, estuviese incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local; quedará integrado con efectos del 1 de abril de 1993 en el Régimen General de la Seguridad Social.

Y el segundo apartado del mismo artículo, dispone que:
«A partir de la fecha de integración, al personal indicado en el apartado anterior le será de aplicación la normativa del Régimen General de la Seguridad Social, con las particularidades previstas en el presente Real Decreto».
El artículo 6 de este Real Decreto, regula en cuanto a la incapacidad temporal, que las prestaciones de asistencia sanitaria y de incapacidad laboral transitoria se concederán al personal activo y, en su caso, a sus familiares; en los mismos términos y condiciones que los previstos en el Régimen General de la Seguridad Social, si bien serán prestadas de acuerdo con lo establecido en la Disposición Transitoria Quinta.
Y la Disposición Transitoria Quinta establece en lo que ahora nos interesa lo siguiente:
«La prestación por incapacidad laboral transitoria derivada de contingencias comunes, se reconocerá y abonará por las Corporaciones Locales, entidades o instituciones que tengan a su cargo el personal activo que se integre.
Como compensación económica por los costes derivados de la dispensación de la asistencia sanitaria e incapacidad laboral transitoria, en los términos previstos en los apartados anteriores de esta Disposición Transitoria, las Corporaciones Locales, instituciones o entidades tendrán derecho a aplicar los correspondientes coeficientes reductores de la cotización por el personal activo objeto de integración, a que se refiere el artículo 1 de este Real Decreto, en los términos previstos en la normativa vigente para los supuestos de exclusión de asistencia sanitaria e incapacidad laboral transitoria del Régimen General».
Como queda manifiesto, la cobertura de los empleados públicos, y en el presente caso de los del Ayuntamiento en las situaciones de de baja por enfermedad y las retribuciones a que tienen derecho durante la misma son las especificadas toda vez que el margen de maniobra en la negociación de los funcionarios locales es restringido y al enumerar las materias negociables (artículo.37.1 EBEP), no queda incluida como materia susceptible de negociación la modificación del Régimen Retributivo legal establecido para las situaciones de incapacidad.
Por tanto, cualquier pacto o acuerdo que pretenda incidir en esta materia, no puede ir en contra de una norma superior, no puede ir en contra de lo dispuesto en la Ley y en su consecuencia la existencia de Pactos con cláusulas ilegales ha llevado a la jurisprudencia a plantear la necesidad de revisión de oficio de los mismos por nulidad de pleno derecho.
En lo que se refiere a cláusulas económicas la cuestión es clara puesto que la Ley 39/2010 de 22 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2011 que en su artículo. 22 apartado nueve dispone:
“Los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables las cláusulas que establezcan cualquier tipo de incremento”
Por tanto. es palmario que cualquier pacto, acuerdo o convenio del Ayuntamiento de XXX, no puede aplicarse en aquellos puntos que supongan un incumplimiento del precepto anterior, siendo estos nulos de pleno derecho.

En definitiva, y en cuanto la Disposición Adicional Sexta de la LPGE para 2010, atribuye eficacia retroactiva al 1 de enero de 2009, al nuevo régimen de cobertura de los funcionarios locales, procederá su aplicación a la funcionaria a que se refiere el presente y en su consecuencia, a la fecha de efectos del mes cuarto de dicha situación deberá procederse por el Ayuntamiento a su aplicación para con dicha funcionaria, haciendo al efecto las correspondientes compensaciones a favor o en contra del mismo respecto de las retribuciones que hubiere percibido desde el mes de mayo de 2010.

En Badajoz, febrero de 2011

PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Recurso de reposición de particular solicitando la prescripción de una infracción de tráfico.

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito dirigido a al Servicio del SAEL-OM el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XXX solicita informe en relación con el asunto epigrafiado.

Como documentación aneja figura la siguiente:

a)Denuncia de la Guardia Civil contra el particular por infracción de tráfico de fecha XX.07.10

b)Resolución del Jefe Provincial de Tráfico en la que, tras recurso de reposición del denunciado, se anula la sanción impuesta de XX €, por considerar competente para sancionar al Alcalde, puesto que la infracción a normas de circulación se cometió en el casco urbano de XX. El Expediente se remite la Ayuntamiento ".... debiendo devolverse a su procedencia para su conocimiento y demás efectos..."

c)Resolución de la Alcaldía en la que se comunica al denunciado la iniciación de procedimiento sancionador, nombramiento de instructor y secretario, etc.

d)Resolución de Secretario del expediente en el que se informa al denunciado del plazo para alegaciones, del nombramiento del instructor y secretario del expediente, del descuento del 50% en la sanción por pronto pago, , etc.

e)Escrito de alegaciones presentado por el denunciado en el que solicita la prescripción de la infracción y el archivo del expediente.

f)Informe de la Secretaría del Ayuntamiento en el que se concluye que el plazo de prescripción se interrumpió y empezó a computarse de nuevo desde que le fue notificada al denunciado la resolución de la Dirección Provincial de Tráfico por la que se anula la sanción y se remite el expediente al Ayuntamiento por lo motivos señalados.

g)Propuesta de resolución del Instructor en la que se desestima las alegaciones presentadas por el denunciado y se le sanciona con XX € y 6 puntos.

h) Resolución de la Alcaldía en la que confirma las sanciones de la propuesta de resolución.

i)Recurso de reposición interpuesto por el denunciado contra la resolución de la Alcaldía por la que se le sanciona en el que solicita la prescripción de la infracción y el archivo del expediente.

FONDO DEL ASUNTO:

La cuestión que debemos aclarar es si efectivamente se ha producido la prescripción de la infracción tráfico y por tanto, el archivo del expediente que se abrió como consecuencia de la denuncia de la Guardia Civil.

El régimen jurídico a aplicar lo tenemos en el R. D. Leg. 339/1990 y en la Ley 30/92

Explicita el Artículo. 92.1 R.D.Leg 339/90:

1. El plazo de prescripción de las infracciones previstas en esta Ley será de tres meses para las infracciones leves y de seis meses para las infracciones graves y muy graves.
El plazo de prescripción comenzará a contar a partir del mismo día en que los hechos se hubieran cometido.
2. La prescripción se interrumpe por cualquier actuación administrativa de la que tenga conocimiento el denunciado o esté encaminada a averiguar su identidad o domicilio y se practique con otras Administraciones, Instituciones u Organismos. También se interrumpe por la notificación efectuada de acuerdo con los artículos 76, 77 y 78.
El plazo de prescripción se reanudará si el procedimiento se paraliza durante más de un mes por causa no imputable al denunciado
Vista la documentación analizada cabe entender que si la denuncia de la Guardia Civil se interpuso el 16.07.10, con conocimiento del infractor (la firma y se le entrega copia), la prescripción de la infracción en principio sería el 15.01.11. Pero lo que ha ocurrido es que el plazo de prescripción se interrumpe y se reanuda cuando la Dirección Provincial de Tráfico dicta resolución por la que decide anular la sanción y remitir el expediente al Ayuntamiento por estimar que es el Consistorio el competente para tramitar el expediente e imponer la sanción. Es decir, dicha resolución es de fecha 17.01.11, se registra en el Ayuntamiento el 20.01.11. Pues bien y más concretamente habría que tener en cuenta cuando se le notificó la misma al infractor, pues es desde esa fecha en la que se le notifica, cuando cabe entender que se interrumpe el plazo de prescripción y al mismo tiempo se reanuda, computándose nuevamente, desde ese momento los 6 meses a los que se refiere el mencionado Artículo. 92 R.D. Leg.339/90.
Por tanto esa información sería clave para saber si la infracción está prescrita y hay que archivar el expediente.
Por otro lado el mismo Artículo. 92 en su punto 3 expresa que 3. “Si no se hubiera producido la resolución sancionadora transcurrido un año desde la iniciación del procedimiento, se producirá su caducidad y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el órgano competente para dictar resolución”

Badajoz julio de 2011

Expediente sancionador abierto por la Dirección General de Telecomunicaciones por instalación y utilización de antena de TV, sin autorización

ANTECEDENTES DE HECHO

Escrito del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XXX, por el que solicita informe, en relación con el asunto epigrafiado en el encabezamiento, acompañando al mismo la documentación del expediente sancionador de referencia.

FONDO DEL ASUNTO

PRIMERO.- La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones -LGTel-, en su artículo. 54, tipifica como infracciones graves la realización de actividades sin título habilitante cuando sea legalmente necesario o utilizando parámetros técnicos diferentes de los propios del título y la utilización de potencias de emisión notoriamente superiores a las permitidas o de frecuencias radioeléctricas sin autorización o distintas de las autorizadas, siempre que las referidas conductas no constituyan infracción muy grave; así como la instalación de estaciones radioeléctricas sin autorización, cuando, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa reguladora de las telecomunicaciones, sea necesaria.

Por la comisión de infracciones graves, el artículo. 56 LGTel prevé la imposición de multa al infractor por importe de hasta el duplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones que constituyan aquéllas o, en caso de que no resulte aplicable este criterio, el límite máximo de la sanción será de 500.000 euros. Las infracciones graves, en función de sus circunstancias, podrán llevar aparejada amonestación pública, con publicación en el boletín oficial del estado y en dos periódicos de difusión nacional, una vez que la resolución sancionadora tenga carácter firme. Asimismo, se prevé que, sin perjuicio de las sanciones que puedan imponerse, se podrán adoptar por el órgano competente medidas cautelares que podrán consistir en el precintado y, en su caso, la retirada del mercado de los equipos o instalaciones que hubiera empleado el infractor por un plazo máximo de seis meses, y en la orden de cese inmediato de la actividad presuntamente infractora, siendo, en su caso, aplicable el régimen de ejecución subsidiaria. Además, cuando el infractor carezca de título habilitante para la ocupación del dominio público o su equipo no haya evaluado su conformidad, se mantendrán las medidas cautelares previstas en el párrafo anterior hasta la resolución del procedimiento o hasta la evaluación de la conformidad.

Las sanciones impuestas por cualquiera de las infracciones comprendidas en el artículo. 54 LGTel, cuando se requiera título habilitante para el ejercicio de la actividad realizada por el infractor, podrán llevar aparejada, como sanción accesoria, el precintado o la incautación de los equipos o aparatos o la clausura de las instalaciones en tanto no se disponga del referido título. Asimismo, podrá acordarse, como medida de aseguramiento de la eficacia de la resolución definitiva que se dicte,

la suspensión provisional de la eficacia del título y la clausura provisional de las instalaciones, por un plazo máximo de seis meses.

SEGUNDO.- En principio, y a partir de los datos que nos aportan (se inicia procedimiento sancionador contra el ayuntamiento por la instalación sin título habilitante para ello de una estación de radiodifusión de televisión, concediendo trámite de audiencia, con notificación del pliego de cargos, por infracción grave y sanción máxima de 500.000 euros, y ordenando como medida cautelar el desmontaje de la instalación y cesación en la emisión de contenidos), y sin perjuicio de lo que resulte del acta extendida por los servicios estatales de inspección en materia de telecomunicaciones (que sería conveniente analizar, estudiando todos los datos del caso), que ha dado lugar a la incoación del procedimiento sancionador de referencia, parece evidente la comisión de los hechos, a tenor como decimos de los datos que nos aportan, y su tipificación en la legislación general de telecomunicaciones como infracción grave, contemplándose un límite máximo de la sanción de 500.000 euros. Se plantea por el ayuntamiento consultante qué actuaciones puede realizar el ayuntamiento a efectos de eludir la sanción.

Pues bien, resulta imprescindible analizar todos los elementos fácticos concurrentes, así como las actuaciones realizadas al respecto por la administración general del estado que resulten del procedimiento, para valorar con precisión qué opciones le caben al ayuntamiento, a efectos procedimentales, y dando por sentado la realidad y la comisión de los hechos que se atribuyen a éste. Por ejemplo, podría valorarse el elemento temporal en la realización de los hechos, si bien y dada la naturaleza de los mismos, correspondiéndose con una infracción continuada, entendemos que la prescripción no podría hacerse valer (artículo. 57.1º LGTel: "… en el supuesto de infracción continuada, la fecha inicial del cómputo será aquélla en que deje de realizarse la actividad infractora o la del último acto con que la infracción se consume. No obstante, se entenderá que persiste la infracción en tanto los equipos, aparatos o instalaciones objeto del expediente no se encuentren a disposición de la administración o quede constancia fehaciente de su imposibilidad de uso"). De todos modos, y como decimos, es necesario analizar de forma detenida cada uno de los elementos fácticos concurrentes para poder determinar las posibilidades de defensa en el procedimiento de la administración municipal.

TERCERO.- De lo que antecede vemos serias dificultades en cuanto a que por parte del Ayuntamiento puedan acreditarse circunstancias de justificación de su actuación para que la imposición de la sanción que hubiere de recaer sea de "forma leve" y ésta no tenga contenido pecuniario o éste sea mínimo. Ello es así, pues la tipificación de las infracciones en la materia se recoge en los artículos. 53 a 55 LGTel (el artículo. 55 se corresponde con la tipificación de infracciones leves, entre las que no cabe incardinar la aquí planteada), y las sanciones correspondientes a cada tipo de infracción (muy grave, grave y leve) en su artículo. 56. Para las infracciones graves se contempla, como decíamos, la sanción pecuniaria de multa (y de amonestación pública, en su caso), por lo que no se recoge la opción de una sanción que no sea pecuniaria en estos casos. Tan sólo, ateniéndonos al artículo. 56.2º LGTel, se prevé que la cuantía de

la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta, además de lo previsto en el artículo. 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -LRJPAC- (EDL 1992/17271), lo siguiente:

1º.- La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.

2º.- La repercusión social de las infracciones.

3º.- El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.

4º.- El daño causado.

CONCLUSION: Entre las opciones para la defensa del ayuntamiento en el procedimiento sancionador que nos ocupa, entendemos que solo puede plantearse la alegación de alguna o algunas de las circunstancias últimas reseñadas que son utilizables como criterios de graduación de la sanción, a efectos de la mayor atenuación posible de la sanción que, en su caso, se imponga, lo que también requiere un estudio serio de los elementos y circunstancias concurrentes para evaluar la posibilidad de esta alternativa en la defensa.

Este es el informe que se emite por la Oficialía Mayor - con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para con lo interesado por el Ayuntamiento de XXX y que se somete a su consideración y a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

Badajoz, diciembre de 2011

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Petición de una asociación de consumidores de copia de expediente de Ordenanzas Fiscales

ANTECEDENTES DE HECHO

Escrito del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XX por el que solicita informe, en relación con el asunto epigrafiado en el encabezamiento, acompañando copia del escrito presentado por la Asociación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primera. La CE se limita a establecer la defensa y protección de usuarios y consumidores al disponer el artículo 51.2 Constitución Española de 1978 que los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca. También, efectivamente, el artículo 105 CE remite a la regulación por ley de la participación de los ciudadanos en la elaboración de disposiciones administrativas que les afectan. El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, determina los supuestos en que deben ser oídas las asociaciones de consumidores en la elaboración de disposiciones. Entre éstas se encuentran las reglamentaciones sobre productos o servicios de uso y consumo. También la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, contempla el trámite de audiencia de las organizaciones y asociaciones reconocidas conforme a lo establecido en las leyes.

También la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1995, dice que el constituyente ha previsto formas de participación en ámbitos concretos, algunas de las cuales se convierten en verdaderos derechos subjetivos, no ex constitutione, a partir de la CE, sino como consecuencia del posterior desarrollo por parte del legislador; como es el caso, entre otros, del artículo 105 CE, según el cual la ley regulará la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas, y la garantía de la audiencia de los interesados en el procedimiento de producción de actos administrativos.

El artículo 8.e) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. establece que son derechos básicos de los consumidores y usuarios, la audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.

Este precepto establece un derecho de participación de los consumidores o usuarios en la elaboración de las disposiciones generales que los afecten directamente a través

de las entidades que indica. El deber de dar participación en la elaboración de disposiciones generales que puedan afectar a los consumidores y usuarios comporta, en su contenido mínimo, ofrecer la oportunidad a las entidades representativas de formular alegaciones u observaciones antes de la aprobación de la disposición general sobre su contenido y procedimiento de elaboración, pero la Ley no establece un procedimiento concreto mediante el cual se haya de canalizar dicha participación.

Segunda. En el ámbito local es la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, la que regula en su artículo 49, el procedimiento que debe seguirse para la aprobación de las ordenanzas y reglamentos municipales. En él se prevé un trámite de información pública y audiencia de los interesados para presentación de alegaciones y reclamaciones, para, una vez resueltas, proceder a la aprobación definitiva por el Pleno.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de mayo de 2003, razona que; «no puede entenderse que el artículo 2.1 e) de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios, imponga que dicho trámite necesariamente haya de evacuarse mediante una comunicación o notificación personal a las asociaciones u organizaciones afectadas en relación con los intereses de los consumidores y usuarios, puesto que el carácter convocatorio y público de la información, el plazo que se concede para la presentación de escritos y el trámite de examen y aprobación de las reclamaciones y sugerencias en el Pleno del Ayuntamiento que prevé la Ley de Bases es suficiente para que pueda entenderse colmado el derecho de participación. Y además, con cita de la Sentencia de Tribunal Supremo de 14 de junio de 1994, añade que los artículos 130.4 y 130.5 de la Ley de procedimiento administrativo de 17 julio 1958 (no derogados por la Ley 30/1992 de 26 noviembre), no son de directa aplicación al procedimiento de elaboración de Ordenanzas Municipales, al resultar el artículo 49 Ley 7/1985 de 2 abril, Reguladora de las bases de régimen local, una norma específica de procedimiento que desarrolla el artículo 105 a) CE en el ámbito local.»

Tercera. El artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, reconoce una serie de derechos a los ciudadanos en sus relaciones con la Administración, entre ellos el de «conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos». Debe precisarse, en primer lugar, que es un derecho predicable únicamente de aquellos que ostenten la condición de interesados en los términos definidos en el artículo 31 de la misma norma.

Este derecho, que reitera lo ya dispuesto en el artículo 180 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, se reconoce sin limitación temporal alguna mientras esté pendiente de resolución el expediente, circunscribiéndose el derecho a obtener copias de los documentos que el interesado precise y determine, previo pago en su caso de las exacciones establecidas y en el mismo sentido, el artículo 37 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que desarrolla este derecho de acceso a Archivos y Registros que en su epígrafe 7 dispone que este derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias y se completa por el epígrafe siguiente, el 8, al disponer que el derecho de acceso conllevará el de obtener copias o certificados de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración, previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallen legalmente establecidas.

Realizadas las consideraciones que anteceden estamos en disposición de contestar las cuestiones planteadas en la consulta, y llegar a la siguiente

CONCLUSIÓN

Primera. El derecho de acceso exige la petición individualizada de los documentos concretos que se deseen consultar, derecho que comporta también el de obtener copias de aquellos cuyo examen sea autorizado.

Segunda. No debe verse afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos, por lo que la expedición de copias habrá de adecuarse a las posibilidades y medios del Ayuntamiento y volumen de lo solicitado, a fin de que, sin desatender la petición, no sufra daño o perjuicio la normal marcha administrativa.

Tercera. No se trata de un derecho completamente reglado, sino que la Administración retiene cierta discrecionalidad de cara a interpretar su extensión y contenido en cada caso concreto.

Cuarta. El derecho de acceso conllevará el de obtener copias que sean autorizadas por la Administración, y siempre previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallen legalmente establecidas.

Por tanto y en resumen, el derecho a obtención de copias de los expedientes que se tramitan de las Ordenanzas reguladoras de las Tasas a que se refiere el presente por parte de una organización de consumidores, está amparado legalmente en los términos que resultan del presente, si bien ello no conlleva, el que se le tengan que enviar al domicilio señalado en la solicitud (salvo que así lo decida el Ayuntamiento) en cuyo caso, se podría atender vía mensajería «a portes debidos» el envío y contra reembolso de las tasas establecidas en el Ayuntamiento por expedición de copias de documentos.

Badajoz, noviembre de 2011

RECLAMACIÓN PREVIA

Reclamación previa a la vía civil.

ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

Con fecha X de noviembre de 2010, tiene entrada escrito del Ayuntamiento de XX en el que se solicita informe en relación con reclamación previa a la vía civil por DON XX y DOÑA XX, en relación con la ocupación de una porción de terreno de XX metros cuadrados que pretenden es de su propiedad.

Junto con la solicitud se acompaña el expediente en el que constan los siguientes documentos:

Documento de interposición de la reclamación previa a la vía civil, suscrito por las personas antes reseñadas, presentado en el Registro General de la Delegación del Gobierno en Extremadura con fecha, XX/07/2011, nº de registro XX .

Fotocopia del plano que fue presentada por los reclamantes junto con el escrito de interposición.

Fotocopia de nota simple del Registro de la Propiedad, correspondiente a la finca X XX, así mismo aportada por los reclamantes.

Nota manuscrita con anotaciones diversas indeterminadas.

Documento denominado "DENUNCIA Y SOLICITUD SOBRE INTROMISIÓN EN BIENES INMUEBLES", suscrito así mismo por las mismas personas, presentado en el Registro General del Ayuntamiento con fecha X/11/2011, nº de registro 2011/X.

Hacia finales del mes de enero se contactó con el Ayuntamiento, que informó que los terrenos estaban ocupados por una especie de parque a orillas del arroyo de XX. Con el fin de concretar aspectos de interés para el informe se solicitó documentación gráfica descriptiva de los terrenos, para concretar su delimitación y su situación en el planeamiento (clasificación del suelo, calificación y usos y, si viniera establecida, la ordenación detallada) y con respecto a un arroyo que discurre lindero a los mismos, sin que al día de la fecha haya sido facilitada.

FONDO DEL ASUNTO.

1º. El demandante insta la reclamación previa a la vía civil prevista en el artículo 212 del ROF, regulada con carácter general en los artículos 120 a 124 de la LRJPAC. En el caso que nos ocupa interesa especialmente el artículo 124 citado que obliga al órgano que resuelva el procedimiento a notificar la resolución adoptada, estableciendo el apartado 2 de dicho precepto que "2. Si la Administración no notificara su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá considerar desestimada su reclamación al efecto de formular la correspondiente demanda judicial." El plazo para resolver deberá contarse a partir del momento en el que el escrito de interposición tuvo entrada en el Registro General del órgano al que se dirige la reclamación, el cual no consta en los antecedentes. En cualquier caso, si tomamos como referencia la fecha de entrada en el Registro de la Delegación del Gobierno, 28 de julio de 2011,

añadiendo los tres días que como máximo se disponen para remitirlo y otros tres días del servicio de correo, podría conjeturarse que el Ayuntamiento recibió el escrito hacia el 5 de agosto de 2011, cumpliéndose el plazo de tres meses el día 5 de noviembre de 2011. A partir de dicha fecha el reclamante está en condiciones de considerar desestimada la reclamación previa, estando a partir de entonces en condiciones de interponer la correspondiente demanda judicial.

2º. Entrando en el fondo del asunto, del estudio de los antecedentes facilitados, se deduce que nos encontramos ante la existencia de una porción de terreno que está en posesión del Municipio (probablemente con el carácter de dominio público), cuya titularidad y posesión es reclamada por quienes se consideran dueños legítimos en virtud de la inscripción registral a su favor de una finca en la que estarían incluidos los terrenos en cuestión, lo que pretenden sustentar en dos documentos que aportan como prueba documental, la fotocopia de la nota simple del Registro de la Propiedad y fotocopia de un plano, y en un informe pericial de parte emitido por un perito contratado por los propios solicitantes (no aportado) y en la testifical, que propondrán llegado el caso.

Las pruebas aportadas en modo alguno son concluyentes para acreditar lo reclamado, porque la inscripción registral supone una presunción de la existencia, pertenencia y posesión de la finca a favor de su titular, conforme a lo dispuesto en el artículo 38 del TRLH, pero en modo alguno, como reiteradamente lo tiene declarado el Tribunal Supremo, atribuye la titularidad y la posesión de manera terminante y, menos aun, cuando se trata de bienes de dominio público, en este sentido es significativa la Sentencia nº 64 de 5 de febrero de 1999: "QUINTO.- En el motivo tercero se alega infracción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria; el motivo no puede prosperar. Es jurisprudencia reiterada que el principio de exactitud registral contiene una presunción iuris tantum, por lo que puede ser destruida mediante prueba en contrario. Consecuencia de ello es que los asientos practicados en el Registro conlleven una presunción de exactitud hasta que se demuestre o acredite en debida forma su discordancia con la realidad extrarregistral, dado que dichos Registros carecen de una base física fehaciente en cuanto lo cierto es que reposan sobre las manifestaciones de los otorgantes, razón por la cual el instituto registral no puede responder de la exactitud de las circunstancias y datos fácticos ni por consiguiente de los relativos a las fincas; asimismo se declara en sentencia de 26 de abril de 1986 que el principio de legitimación, que presume la existencia de los derechos inscritos tal y como constan en el asiento y su posesión, no es aplicable cuando intenta oponerse a una titularidad de dominio público, pues esta es inatacable aunque no figure en el Registro de la Propiedad, puesto que no nace del tráfico jurídico base del Registro, sino de la Ley y es protegible frente a los asientos registrales e incluso frente a la posesión continuada. Por ello y acreditado que la realidad extrarregistral no corrobora los datos físicos que constan en los títulos causantes de los asientos registrales a favor de AAAAAAAA, S.A., es procedente la anunciada desestimación del motivo. Lo razonado conduce a la desestimación del motivo cuarto en que se alega infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria ya que la fe pública registral opera en relación a la

titularidad, extensión y existencia de los derechos reales inscritos, pero no cubre los datos o circunstancias de mero hecho que consten en el Registro o que sirvan de soporte material a los derechos inscritos, por lo que éste no responde de que sean exactos los datos descritos de la finca inmatriculada."

Por lo que respecta al plano, no merece tal calificación, por cuanto no figuran escala, medidas, cotas, linderos, etc., y no hay constancia de la persona que lo ha elaborado ni de su titulación, careciendo por tanto de las más elementales características de una prueba pericial. Consideradas en su conjunto ambas pruebas, la inscripción y el croquis, sus superficies son discordantes, ya que la suma de las superficies delimitadas en el croquis es de 19.446 metros cuadrados, en tanto que la que consta en la inscripción registral es sensiblemente superior, 24.637 metros cuadrados, y tampoco puede hacerse una delimitación precisa, al no determinar el croquis los linderos para poderlos comparar y cotejar con los que constan en la inscripción.

3º. Debe tenerse en cuenta que el artículo 4.1.d) de la LBRL confiere a los Municipios, en su calidad de Administraciones Públicas Territoriales y dentro de la esfera de sus competencias, diversas potestades entre las que se incluyen "d) Las potestades expropiatoria y de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes."

Pese a ser indudable la posesión de los terrenos por el Ayuntamiento, el propio reclamante así lo reconoce en su escrito de reclamación, parece haber ciertas dudas sobre su titularidad, porque el Ayuntamiento carece de título o si lo tiene no lo ha incorporado al expediente, en tanto que los hermanos Benegas Becerras aportan su inscripción registral, si es que los terrenos en litigio están efectivamente dentro de la delimitación de la finca inscrita, lo que en modo alguno se ha acreditado con las pruebas aportadas hasta el momento. Por ello, sería conveniente que el Ayuntamiento hiciera uso de la potestad de investigación que le otorga el citado artículo 4 de la LBRL (reiterada en el artículo 44.1.a) del RBEL) que, como señala el artículo 45 de la norma reglamentaria, es la facultad que tienen las Corporaciones Locales respecto de "... la situación de los bienes y derechos que se presuman de su propiedad, siempre que ésta no conste, a fin de determinar la titularidad de los mismos.", procedimiento que puede iniciarse de oficio o por denuncia de los particulares. Con carácter previo a su inicio el RBEL exige en el artículo 46 un requisito, la realización de un estudio previo sobre la procedencia del ejercicio de la acción investigadora, cumplido esto, si el estudio determina su procedencia se incoará el expediente, con la tramitación prevista en los artículos 49 a 53 de la misma norma, que sucintamente se detalla:

1º. Acuerdo de iniciación del expediente y publicación en el BOP y tablón de anuncios por plazo de quince días.

2º. Traslado del acuerdo de iniciación a las Administraciones Estatal y Autonómica.

3º. Admisión de alegaciones por plazo de un mes a contar desde la terminación de la publicación del anuncio y notificación personal a los afectados en el expediente, caso de ser conocidos y estar identificados.

4º. Apertura de un período de pruebas.

5º. Efectuadas y valoradas las pruebas se pondrá de manifiesto el expediente para alegaciones por plazo de diez días a las personas a quienes afecte la investigación que hubieren comparecido.

6º. Resolución del expediente por el Pleno de la Corporación que, conforme a lo dispuesto en el artículo 22.2.j) de la LBRL, es el órgano con atribuciones para "El ejercicio de las acciones administrativas y judiciales", tal y como reiteradamente viene exigiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas la STS de 28 de mayo de 1992), previo informe del Secretario de la Corporación.

7º. Si la resolución es favorable, se procederá a la tasación del bien y a su inclusión en el inventario, y la adopción de las medidas tendentes a la efectividad de los derechos de la Corporación.

Finalmente, procede realizar las siguientes consideraciones:

1º. Conforme a lo dispuesto en el artículo 55.1 del RBEL, "El conocimiento de las cuestiones de naturaleza civil que se susciten con ocasión de la investigación practicada corresponderá a la jurisdicción ordinaria."

2º. Si la resolución del expediente es favorable, el Ayuntamiento está en condiciones de adoptar las medidas tendentes a la efectividad de sus derechos y, en su caso, el ejercicio de las facultades de promover y ejecutar el deslinde entre los bienes de su pertenencia y los de los particulares, cuyos límites fueran imprecisos o sobre los que existieren indicios de usurpación, y recobrar por si la tenencia de sus bienes de dominio público en cualquier tiempo.

3º. Además, el expediente tramitado debidamente con resolución favorable al Ayuntamiento, constituiría una prueba lo suficientemente sólida para destruir de manera contundente la presunción de posesión que la inscripción registral otorga a los reclamantes, ante la eventual demanda que es de prever interpondrán. Si al mismo tiempo está auspiciada por la condición de dominio público de los terrenos en cuestión, la posición es de una firmeza tal que resulta inatacable.

Badajoz, marzo de 2012.

Dos reclamaciones previas a la vía laboral presentadas por trabajadora de la OMIC: una de cantidad, otra de reconocimiento de derechos (indefinida)

ANTECEDENTES DE HECHO

En dicha petición de informe, figura como documentación que se acompaña, las dos reclamaciones previas a la vía laboral de la trabajadora: una de cantidad, por diferencia salariales entre lo que ha cobrado y lo que debería, según ella, cobrar; otra de reconocimiento de derecho del carácter indefinido de su relación laboral con el Ayuntamiento de XX. Asimismo consta también sentencia 120/2011 del Juzgado de lo Social Nº1 de Badajoz sobre reclamación de cantidad correspondiente a otro periodo de tiempo, en la que se le da la razón a dicha trabajadora.

FONDO DEL ASUNTO:

PRIMERO

Debemos hacer referencia al informe evacuado por este funcionario informante a ese Ayuntamiento en fecha XX.04.10, sobre reclamación previa a l vía laboral de dicha trabajadora, en la que solicitaba el reconocimiento de la existencia de un contrato laboral indefinido y el abono de retribuciones correspondientes al grupo 2 de cotización o el abono de las retribuciones en cantidad no inferior en la cuantía total objeto de la subvención.

En aquella ocasión no se nos aportó la concreta reclamación previa de a la vía judicial sobre cantidad por la que posteriormente se le dio la razón en dicha, a través de la sentencia referenciada.

En dicho informe analizábamos las cuestiones planteadas desde varios fundamentos jurídicos en base al Estatuto de los Trabajadores y al Código Civil, y, dábamos, por un lado, como una de las posibles soluciones el reconocimiento del carácter indefinido de la relación laboral por los motivos que aducíamos y con el fin de terminar con la relación laboral en base al Artículo. 52 e) ET. Mas abajo, pasaremos a recordar lo manifestado en el anterior informe.

Por otro, y al exigir en la misma reclamación, el abono de retribuciones correspondientes al Grupo II de cotización o retribuciones en cantidad no inferior a la cuantía objeto de la subvención, ambas sin cuantificar, dábamos a entender que podría haberse dado una "novación tácita" del contrato en el sentido que la trabajadora, siendo consciente de la minoración paulatina de la subvención, había aceptado dichas retribuciones y proponíamos, ante la reclamación, que el Ayuntamiento le hiciera un contrato por obra o servicio de terminado pero a tiempo parcial en el que la minoración salarial "sufrida", tuviera una reducción proporcional en el nº de horas para así justificar la 1ª. (recordamos que estaba contratada a jornada completa)

SEGUNDO

Ahora y en cuanto a la nueva reclamación previa a la vía judicial por la que dicha trabajadora solicita que se le haga indefinida, efectivamente hay que acceder a ello y reconocerle dicho carácter mediante decreto de la Alcaldía. A Saber:

-Por un lado como decíamos en el anterior informe, existe fraude de ley debido a los sucesivos encadenamientos de contratos.

-Por otro, analizados los contratos y sus prórrogas, desde el punto de vista formal, se puede observar que en los mismos no se detalla, describe, acota o delimita la obra/as o servicio/os para identificarlos con claridad, que además deben tener autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de Ayuntamiento Lo anterior conlleva que el contrato (o los contratos) se presuma por tiempo indefinido al haberse celebrado en fraude de ley, como así lo explicita el Artículo. 15.3 ET.

También la trabajadora en su primera reclamación para que se le hiciera indefinida (y por el que se emitió el anterior informe), alegaba el Artículo. 8 del ET por el cual este tipo de contratos debe figurar por escrito de lo contrario se presumen celebrados por tiempo indefinido y a jornada completa (en su día la trabajadora seguía en su puesto de trabajo sin existir contrato)

-Además de conformidad con el Artículo. 15.5 ET la trabajadora habría adquirido la condición de fija porque durante un periodo de 30 meses ha estado contratada más de 24 meses, con o sin solución de continuidad, mediante dos o más contratos temporales . Pero aquí debemos tener en cuenta la disposición adicional 15ª ET en donde a pesar de haber adquirido la fijeza tiene que pasar por un proceso selectivo y obtener la plaza porque de lo contrario se pondría fin a su relación laboral, y todo ello con el fin de salvaguardar los principios constitucionales de acceso al empleo público-igualdad, mérito y capacidad- que priman sobre su condición de fija

Visto todo la anterior, como apuntábamos procede reconocer por parte del Ayuntamiento el carácter indefinido de la relación laboral, mediante Decreto de la Alcaldía.

TERCERO.-

Como decíamos, una vez reconocida a la trabajadora como indefinida, vistas las pretensiones del Ayuntamiento de no continuar con la relación laboral de la trabajadora y con la oficina de la OMIC, el siguiente paso a dar en este sentido es declarar la extinción del contrato por causas objetiva al que alude el Artículo. 52 e) y 53 ET. Dada la importancia conviene reproducirlos textualmente:

Artículo 52. Extinción del contrato por causas objetivas

El contrato podrá extinguirse:

e)En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.

Por ello, el Ayuntamiento debe con antelación demostrar y justificar detallada y documentalmente dicha extinción por el motivo aludido con vistas a la sede judicial, a la que casi con toda seguridad se irá la trabajadora. Es decir, a modo de ejemplo:
-Tendría que hacer mención el Ayuntamiento del paupérrimo estado de las arcas municipales (con motivo de la crisis económica que afecta a todos los órdenes) y, en su caso, a la deuda que tiene. Que aunque empresario, a efectos laborales, es una Administración y por tanto no tiene ánimo de lucro al apostar siempre por la creación de empleo local.
-Habría que ver si el Decreto por el que se regula la OMIC con las subvenciones y el posterior Convenio Junta-Ayuntamiento, se asimilan o pueden asimilarse a la ejecución de un plan o programa público.
-También habría que tener en cuenta cuando cumple el actual Convenio Junta-Ayuntamiento sobre la oficina de la OMIC y manifestar por escrito que no desean renovar el convenio, y por tanto ha llegado a su fin.
-De lo anterior y asimismo, tiene el Ayuntamiento que renunciar a la siguiente subvención.
-Que es deseo del Ayuntamiento cerrar la OMIC y tiene que hacerlo, porque le resulta deficitaria y no pueden soportar los costes que supone, ya que las subvenciones han ido disminuyendo paulatinamente año tras año
-Porque las subvenciones minoradas cada vez más año tras año, no van destinadas exclusivamente a gastos que originen los costes salariales y de Seguridad Social, sino también a otros como mantenimiento de la oficina de la OMIC, o alquiler de locales, consumo de agua y electricidad, teléfono, limpieza, mantenimiento y conservación de mobiliario, material de oficina, la realización de programas específicos de actuación (campañas de información, actividades y jornadas, consultas y reclamaciones, etc.), asistencias a cursos, jornadas; edición de revistas, etc.
-En las normativas reguladores de estas subvenciones (Convenio Colaboración de 2003, Decreto 44/2008 y Orden 18.12.2009) en ningún momento se hace alusión a qué parte de los costes salariales sean soportados por el Ayuntamiento. Tampoco que, ante una insuficiencia o minoración de cantidad de cualquier prórroga de las subvenciones anuales, deba el Ayuntamiento correr proporcionalmente con la disminución de las retribuciones. En dichas normativas mencionadas tampoco se obliga a celebrar modalidad contractual alguna con los trabajadores que se contraten.
-Porque si el convenio termina sin prorrogarse (no va a haber otro), se renuncia a la siguiente subvención y se cierra la OMIC. Por tanto no existe objeto en un contrato. Desde un punto de vista civilista debemos acudir por un lado al Artículo. 1261 que "No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º consentimiento de los contratantes, 2ºobjeto cierto que sean materia del contrato y 3º causa de la obligación que se establezca." Por otro a los Artículos. 1271 a 1273 CC (1273: "El objeto del contrato debe ser una cosa determinada....". Tampoco existe causa del mismo. : Artículo. 1274: "En los contratos remuneratorios se entiende por causa el servicio o beneficio que se remunera". Artículo. 1275: "Los contratos sin causas no producen efecto alguno".Desde un punto de vista laboral se ha cerrado la OMIC y por

tanto, no existe contrato porque no hay funciones que pueda desempeñar la trabajadora de la OMIC; no hay servicio retribuido por cuanta ajena que prestar dentro del ámbito de organización y dirección que representa una oficina de la OMIC, ya que no existe. (Artículo. 1 ET). Por parte de la trabajadora de la OMIC no puede haber una ocupación efectiva de su trabajo, porque no existe tal (Artículo. 4)

-Por todo lo dicho, el Ayuntamiento en esta situación no puede permitirse el tener abierto una oficina de la OMIC y contratada a una Técnico.

Señalar que estas cuestiones ya la planteamos en el anterior informe.

CUARTO.-

Si el Ayuntamiento al amparo del Artículo. 52 e) desea extinguir el contrato por causas objetivas, tendría que cumplir con lo dispuesto en el Artículo. 53: ET Formas y efectos de la extinción por causas objetivas:

1. La adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes:

- Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.
- Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.
- Concesión de un plazo de preaviso de treinta días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo.

2. Durante el período de preaviso el trabajador, o su representante legal si se trata de un disminuido que lo tuviera, tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo.

3. Contra la decisión extintiva podrá recurrir como si se tratare de despido disciplinario.

5. La calificación por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario, con las siguientes modificaciones:

- En caso de procedencia, el trabajador tendrá derecho a la indemnización prevista en el apartado 1 de este artículo, consolidándola de haberla recibido, y se entenderá en situación de desempleo por causa a él no imputable.
- Si la extinción se declara improcedente y el empresario procede a la readmisión, el trabajador habrá de reintegrarle la indemnización percibida. En caso de sustitución de la readmisión por compensación económica, se deducirá de ésta el importe de dicha indemnización

QUINTO.-

En cuanto a la reclamación de cantidad, si en la sentencia mencionada tuvo la trabajadora un pronunciamiento favorable (no en la cuantía exacta que pedía), ahora teniendo en cuenta que reclama las diferencias salariales en el período comprendido entre julio 2010 a julio 2011, estamos en la misma situación aunque en diferente período. Por ello, hay que reconocerle el pago de dicha cantidad, pero como

presenta la reclamación el día XX.07.2011, entendemos prescritos los 12 primeros días del mes de julio de 2010. Es decir:

La trabajadora reclama la diferencias salariales de 14 pagas del período mencionado (total XX,80€). Al mes debería cobrar XX,70€ mensuales y se le ha pagado XX, con lo cual la diferencia en un mes es de XX € X13 meses =XX€ + el prorrateo de mes de julio de 2010 sin los 12 días prescritos (XX €-). Con lo cual la suma total a abonar por el Ayuntamiento sería XXX €

CONCLUSIÓN

El Ayuntamiento tendría que reconocer como indefinida la relación laboral de la trabajadora con el Ayuntamiento para más adelante proceder a la extinción del contrato por causas objetivas en el sentido más arriba explicado con los requisitos y efectos señalados. En cuanto a la reclamación de cantidad, tendría que Ayuntamiento que abonársela en la cuantía mencionada.

Badajoz agosto 2011

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Ayuntamiento presentada por los padres de un menor electrocutado en parque público.

ANTECEDENTES DE HECHO

Como antecedentes de hechos tenemos:

-El accidente del menor se produce el X.08.2005.

-Existe una sentencia penal de fecha X.05..2011 la cual se dicta no como consecuencia de la incoación de diligencias previas contra algún empleado o servidor público, sino contra dos particulares, concretamente contra dos vecinos de la localidad, a los que absuelve. Con anterioridad se dictó con fecha X.12.2008 auto de sobreseimiento provisional y el archivo de actuaciones contra uno de los dos particulares.

-La reclamación de responsabilidad patrimonial tiene entrada en el Ayuntamiento el X.11.11, ese mismo día se registra en la Oficialía Mayor.

FONDO DEL ASUNTO:

PRIMERO.-

Los antecedentes de hecho descritos más arriba tenemos que ponerlos en relación con el Artículo. 142.5 de la Ley 30/92 el cual explicita que ….."en todo caso el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo". Recordemos que el accidente produjo el fallecimiento del menor.

Lo anterior hay que unirlo con el Artículo. 146.2 Ley 30/92 ("La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las AAPP no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.".) Este artículo no es de aplicación al presente caso; y hasta el momento, el único juicio penal que se ha seguido es contra dos vecinos, no contra personal alguno al servicio del Ayuntamiento.

Sin tener que entrar en el fondo del asunto (con existencia de argumentos suficientes en favor de los intereses del Ayuntamiento), lo cierto es que teniendo en cuenta los antecedentes de hecho y lo señalado en este punto primero, podemos concluir que el Ayuntamiento debería de inadmitir la reclamación de responsabilidad presentada (dando pié de recurso protestativo de reposición y contencioso administrativo) por haber transcurrido el año al que hemos aludido en el artículo. 142.5 de la ley. Es decir, la reclamación es extemporánea, se ha presentado fuera de plazo.

Este es el informe de la Oficialía Mayor, Departamento de Asesoramiento y Asistencia Jurídica Local, en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para el Ayuntamiento de XX que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.

Badajoz noviembre 2011

Solicitud de limpieza de un solar de propiedad privada por molestias a vecinos y negativa del propietario a efectuarlo

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha de febrero y entrada en esta Institución Provincial del mes del año en curso , el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento interesa informe sobre el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente:

" Según acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de fecha 5 de octubre del pasado año, se les solicita si procede, informe de cómo actuar al respecto sobre el tema que se indica a continuación:

Se presentó queja por un vecino de la localidad, sobre las molestias que le produce un solar sin edificar colindante con su vivienda, por la producción de pastos, maleza, reptiles, etc.

Al vecino en cuestión se le concedió un plazo de una semana en dos ocasiones, para que procediera a su limpieza, haciendo caso omiso de ello, por lo que la Junta acordó que fuese el propio Ayuntamiento el que se encargara de limpiarlo y pasarle el coste de dichos trabajos a su cuenta. La duda que se nos plantea es: cuales son los plazos a seguir para acceder a una propiedad privada. "

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura (LSOTEX), en su artículo 163, a propósito del "Deber de conservación y rehabilitación., dispone:

Los propietarios de terrenos, construcciones y edificios tienen el deber de mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad, ornato público y decoro, realizando los trabajos y obras precisos para conservarlos o rehabilitarlos, a fin, en todo caso, de mantener en todo momento las condiciones requeridas para la habitabilidad o el uso efectivo"

.Para el supuesto de que a dicho deber no se de cumplimiento por el propietario obligado el artículo. 191 LSOTEX, dispone:

"1. Los Municipios y la Administración de la Comunidad Autónoma podrán dictar, en el ámbito de sus respectivas competencias, órdenes de ejecución de actos, operaciones y actividades regulados por la ordenación territorial y urbanística con el fin de preservar las disposiciones, principios y valores contenidos y proclamados en dicha ordenación.

2. Las órdenes de ejecución tienen carácter ejecutivo. La Administración podrá suplir la actividad del destinatario mediante los medios de ejecución forzosa previstos en la legislación de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común.

3. La Administración podrá dictar órdenes de ejecución en los siguientes supuestos:

- Incumplimiento del deber de conservación, para la realización de obras y trabajos de reparación o restauración legalmente exigibles, salvo que por motivo de la falta del cumplimiento de este deber haya sobrevenido la ruina, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el artículo 165.

• Realización de actos o desarrollo de usos no previstos o no permitidos por la ordenación territorial y urbanística, para la minimización del impacto de unos y otros y, de ser posible, conseguir la reposición al estado originario.

4. Las órdenes de ejecución podrán imponer los actos, las operaciones y las actividades de reparación, demolición y de corrección del impacto que sean necesarias para la preservación de los valores, los principios y disposiciones contenidas en la presente Ley o la normativa que la desarrolla o complementa.

5. La Administración, apreciada la concurrencia de alguno de los supuestos previstos en el apartado 3 anterior, comunicará al particular la orden de ejecución que deberá reunir los siguientes requisitos:

- Identificación del motivo o motivos que justifican su adopción.
- Relación y determinación de los actos, operaciones y actividades cuya realización se ordene.
- Plazo para la ejecución voluntaria y advertencia de la posibilidad de la utilización de los medios de ejecución forzosa.
- En su caso, invitación a formular el correspondiente proyecto técnico cuando éste sea necesario para la realización de las indicadas operaciones. El particular, recibida la comunicación, tendrá un plazo adecuado, no inferior nunca a quince días, para la formulación de las alegaciones y aportación de documentos y, en su caso, del proyecto técnico. Simultáneamente a este trámite se dará información a las Administraciones afectadas bien por los actos, las operaciones o las actividades que motivaron la adopción de la orden de ejecución, bien por la ejecución de ésta. A la vista de las alegaciones e informes que se aporten al procedimiento, la Administración resolverá sobre el contenido y las condiciones definitivas de la orden de ejecución.

6. En la determinación de los actos, las operaciones y las actividades objeto de la orden de ejecución se observarán los principios de igualdad, proporcionalidad, congruencia con los fines y menor restricción posible de los derechos e intereses legítimos de los particulares, ponderados a la luz de los demás principios y valores consagrados en esta Ley y teniendo en cuenta los intereses generales afectados por los hechos determinantes de la orden o por las consecuencias de su ejecución.

7. La orden de ejecución legitima por sí misma la ejecución de los actos, las operaciones y las actividades que en ella se contemplen.

8. El destinatario de la orden de ejecución deberá abonar los gastos de elaboración de proyecto, las tasas que sean legalmente exigibles por su tramitación, así como los derivados de todas las operaciones de ejecución material de la orden. La Administración podrá recaudar las anteriores cantidades por los procedimientos de ejecución previstos en la legislación general del Estado.

9. La Administración pública podrá acordar de plano y con carácter provisional y cautelar las medidas necesarias para salvaguardar la integridad física de las personas o la de sus bienes, así como la efectividad de los principios y valores proclamados en la presente Ley amenazada por riesgos inminentes derivados del estado de obras, construcciones, instalaciones o terrenos. Las actuaciones que comporten dichas

medidas se realizarán por la propia Administración que las acuerde, la cual podrá recabar, si ello fuera posible, la colaboración de los titulares de los terrenos, instalaciones, edificaciones o construcciones. Adoptadas las medidas imprescindibles para la salvaguarda de los bienes jurídicos en peligro, se procederá a tramitar el correspondiente expediente para el dictado de la orden de ejecución que proceda.

10. El incumplimiento injustificado de la orden de ejecución habilita a la Administración actuante para expropiar el inmueble bajo cualquiera de las modalidades previstas en la presente Ley."

El problema surge, en el supuesto de que para llevar a efecto la orden de ejecución, se produzca la negativa del propietario, a autorizar la entrada en su propiedad, surgiendo en este caso, la cuestión de delimitar previamente el concepto de domicilio, a efectos de determinar si a aquella propiedad se extiende este concepto, y en su caso, si es o no necesaria la autorización judicial para acceder al mismo, como ordenan tanto el artículo. 18.2 CE, como el artículo. 8.6 LJCA.

La jurisprudencia ha definido el domicilio como cualquier lugar cerrado en el que transcurra la vida privada, individual o familiar, legítimamente ocupado, aunque dicha ocupación sea temporal o accidental. Su contenido jurídico hay que ponerlo en relación con el propio concepto constitucional de intimidad y el civil de privacidad. Por ello, el Tribunal Constitucional ha definido el domicilio como "un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, de modo que no solo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella" (STC 22/1984).

Sin embargo, respecto de los establecimientos abiertos al público, ha señalado la doctrina legal: "el concepto constitucional del domicilio no coincide con el que se utiliza en materia de derecho privado (artículo 40 C.C.) o jurídico-administrativo. Añadiéndose, en una delimitación negativa del mismo, que "ni el carácter cerrado del espacio ni el poder de disposición que sobre el mismo tenga su titular determinan que estemos ante el domicilio constitucionalmente protegido. Y, en sentido inverso, que tampoco la falta de habitualidad en el uso o disfrute impide en todo caso la calificación del espacio como domicilio", habiéndose declarado por el Tribunal Constitucional que "la garantía constitucional de su inviolabilidad, no es extensible a <<aquellos lugares cerrados que, por su afectación -como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales- tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad>>". En concreto, el Tribunal Constitucional no ha considerado domicilio los locales destinados a almacenes de mercancías (S.T.C. 228/97), un bar y un almacén (S.T.C. 283/00), unas oficinas de una empresa (A.T.C. 171/1989) o los locales abiertos al público o de negocios (A.T.C. 58/92), entre otros..." (STS de 16 de abril de 2004).

Como es sabido, en virtud de la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la competencia para autorizar la entrada en el domicilio de los ciudadanos para la ejecución subsidiaria de los actos administrativos corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-

Administrativo; pero nada se establece en la Ley sobre el procedimiento a seguir en estos casos, a excepción de que la autorización se concederá mediante resolución motivada, es decir, mediante auto contra el que cabe recurso de apelación a un sólo efecto.

Así, el precitado artículo 8.6 de la LJCA (redacción dada por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia) dispone que corresponderá conocer a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública.

Al objeto de recabar esta autorización judicial, deberá remitirse al Juzgado de lo Contencioso Administrativo, no solamente el acto administrativo o resolución que disponga la ejecución subsidiaria, sino también copia de todo el expediente del que trae su causa, acompañando, en su caso, copia del acta redactada por la policía local en la que conste la oposición del interesado; todo ello como antecedentes que sirvan al órgano jurisdiccional para adoptar la resolución que proceda.

Ahora bien esta medida debe ser tomada tras el análisis de las consideraciones del caso, es decir no debe producirse como automatismo legal. En Sentencia de 10 Jul. 2007 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, se dice que: «En estos casos la actuación judicial se circunscribe a garantizar el derecho del artículo. 18.2 CE, asegurándose de que el interesado es, ciertamente, el titular del domicilio para cuya entrada se solicita la autorización y de la necesidad de dicha entrada para la ejecución del acto de la Administración; que éste, prima facie, sea dictado por la autoridad competente y que aparezca fundado en Derecho; que sea necesario para alcanzar el fin perseguido; y, en fin, que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto (SSTC 144/1987, FJ 2; 76/1992, FJ 3; 171/1997, FJ 2).

El Juez de la legalidad de la entrada en el domicilio, ciertamente, no es el Juez de la legalidad y de la ejecutividad del acto de la Administración a ejecutar (STC 189/2004, FJ 4); tampoco la intervención judicial tiene como finalidad reparar una supuesta lesión de un derecho interés legítimo, como ocurre en otros casos; antes bien dicha intervención constituye una garantía destinada a prevenir el derecho del artículo. 18.2 CE.

Aunque ello no quiere decir que la actuación del Juez en garantía del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio sea rituaria o automática, pues para el titular del órgano jurisdiccional no están ausentes determinadas posibilidades de formación de juicio mediante la comprobación de las exigencias constitucionales reseñadas y la ponderación de los intereses en conflicto, en orden a evitar entradas arbitrarias».

Pero en esta sentencia no se entra en la consideración de en qué lugares se requiere la autorización de acceso. Debemos acudir a la Sentencia de 15 Abr. 2009, rec. 99/2009, del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-administrativo, para encontrar este análisis. Así se dice que: «Pues bien, en el caso

examinado, tales circunstancias se acreditan debidamente. El segundo punto y objeto de apelación, radica en saber si en este caso, es decir en un local cerrado y privado se requiere autorización judicial para entrar y actuar administrativamente o si por el contrario, ello no es necesario y el Juez carece de competencia o no debe pronunciarse. Pues bien, el artículo 8.6 de la LOPJ, expone que: "Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública.

Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental.

Además, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocerán de las autorizaciones para la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia, cuando, requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, éste se oponga a ello o exista riesgo de tal oposición". Por su parte, el artículo 91.2 de la LOPJ, determina que: "Corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración". Es cierto que no ha sido pacífica la catalogación de los conceptos de domicilio y "restantes lugares". Ahora bien, tras la modificación del artículo. 51.2 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, conforme al cambio operado por la Ley 53/2002, se determina que: "A los efectos de lo dispuesto en el artículo. 91.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y 8.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, únicamente tendrán la consideración de lugares cuyo acceso depende del consentimiento del titular, en relación con la ocupación de los bienes inmuebles expropiados, además del domicilio de las personas físicas y jurídicas en los términos del artículo. 18.2 de la Constitución Española, los locales cerrados sin acceso al público". Así pues una interpretación integradora y respetuosa con el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, a la intimidad e incluso a la propiedad privada, hacen necesaria la autorización judicial para que la ejecución forzosa administrativa se lleve a término. Si así se entiende legalmente para ocupar inmuebles expropiados, no existe motivo alguno para excluir tal requisito en supuestos distintos, en los que la Administración también interviene. Incluso ello supone una garantía para el particular frente a posibles excesos en el ejercicio de la autotutela administrativa. Así por tanto, siendo un garaje un local cerrado que no posee acceso al público, entendemos que se dan los supuestos para que el Juez acordase lo procedente. Como no lo entendió así, nos corresponde ahora decidir lo oportuno y como reseñábamos, la decisión administrativa posee cobertura de legalidad y está dictada en procedimiento

adecuado por órgano competente y en su consecuencia debe procederse a acceder a lo solicitado, revocándose la decisión judicial».

En consecuencia, conforme a lo que antecede, si el solar de referencia no se encuentra vallado y por tanto, cerrado al acceso publico, entendemos no es necesaria la autorización judicial, para que por el Ayuntamiento se puedan acometer por si las obras de limpieza de referido solar, ateniéndose para ello a lo dispuesto en el artículo. 191 LSOTEX, arriba transcrito. Al margen de lo señalado, también podrá iniciarse por el Ayuntamiento, expediente sancionador por infracción de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Badajoz, febrero de 2011

SOCIEDADES PARTICIPADAS DE GESTIÓN MUNICIPAL

Diversas cuestiones sobre sociedad municipal

HECHOS. ANTECEDENTES

Por el Ayuntamiento de Referencia se nos plantean varias cuestiones en relación con sociedad mercantil de capital íntegramente municipal.

FONDO DEL ASUNTO

PRIMERO. Ampliación de capital social mediante aportación no dineraria-

1.Imposibilidad de cesión gratuita.-Se plantea por el Ayuntamiento la posibilidad de ceder gratuitamente a la mencionada sociedad mercantil diversos bienes propiedad del Ayuntamiento, los cuales unos se encuentran inventariados y otros no, a los efectos de la ampliación de capital de aquella.

A este respecto hay que decir que el artículo 109.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL), aprobado por RD 1372/1986, establece que "Los bienes inmuebles patrimoniales no podrán cederse gratuitamente sino a Entidades o instituciones públicas para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal, así como a las instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro.". Consecuentemente con ello no resulta posible que los bienes a que se refiere en la petición de informe sean cedidos a dicha sociedad como medio de ampliación de capital.

Por otro lado, y conforme a lo establecido en el artículo 38 de la Constitución Española de 1978 (CE), la participación de las Administraciones en sociedades mercantiles está sometida a los principios de libertad de empresa y libre competencia, dentro de la economía de mercado. Ello conlleva que las Administraciones públicas no pueden conceder a las empresas y organismos a través de los que realiza su actividad comercial o industrial ningún trato de favor con respecto a las empresas privadas, con las que deben actuar en régimen de libre concurrencia. (ver STS de 1 de febrero de 2002). Es por ello que la cesión gratuita pretendida supondría una donación de bienes de equipo a la empresa municipal; una subvención en especie que debe ser considerada contraria al citado artículo 38 de la CE.

2.Aportaciones no dinerarias.-El artículo 80 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local (TRRL), aprobado por RD legislativo 781/86, exige que "Las enajenaciones de bienes patrimoniales habrán de realizarse por subasta pública. Se exceptúa el caso de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario.". No obstante es ampliamente admitido por la doctrina que para los supuestos de sociedades mercantiles de titularidad municipal se puedan entregar bienes patrimoniales como medios de instrumentar la participación en dichas sociedades. Es lo que en el ámbito de las sociedades mercantiles, y en concreto en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se denominan "aportaciones no dinerarias".

El modo de proceder para llevar a cabo esas aportaciones son dinerarias y la consiguiente ampliación de capital vienen recogidos en los artículos 63 a 76 del citado Real Decreto Legislativo 1/2010.

3.Depuración de la situación física, jurídica y contable.-Previamente a la realización de las formalidades contenidas en el referido Real Decreto Legislativo 1/2010 tendentes a la ampliación de capital mediante aportaciones no dinerarias es preciso que por el Ayuntamiento se proceda a la depuración o regularización de la situación de los bienes referenciados, ya que, como se nos indica, unos tienen la condición de dominio público-servicio público, otros patrimoniales y otros no están siquiera dados de alta en el Inventario de Bienes y Derechos; ya que en todo caso para proceder a la mencionada aportación no dineraria es preciso que todos ellos estén debidamente anotados en dicho Inventario como bienes patrimoniales. Por consiguiente son dos las operaciones que deben realizarse previamente desde el punto de vista patrimonial:

- Desafectación de los bienes que tengan la condición de dominio público.
- Anotación en el Inventario de todos estos bienes

La desafectación de los bienes de dominio público deben realizarse cumpliendo las formalidades establecidas en el artículo 8 del RBEL.

Por lo que se refiere a la anotación en el Inventario de los bienes "aflorados", es obligación que impone el artículo 17.1 del RBEL: "Las Corporaciones Locales están obligadas a formar inventario de todos sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza o forma de adquisición."

El modo de proceder es el siguiente:

- Identificación del bien
- Si existen facturas u otros documentos de pago se anotan por el valor y fecha de adquisición
- Si no existen facturas u otros documentos de pago se anotan por el valor de tasación y con la fecha en la que se efectué la anotación.
- Las anotaciones a practicar en el Inventario deben ser:
    a) Tipo de adquisición: Inventario, investigación o inspección física.
    b) Situación patrimonial: Propiedad
    c) Naturaleza jurídica: La que corresponda
    d) Uso: El que corresponda
    e) Titular: Ayuntamiento
    f) Epígrafe: En este caso, normalmente sería el 7 (Muebles no comprendidos en los anteriores enunciados)
    g) Fecha de Alta: De adquisición si consta; si no, fecha de anotación.
    h) Anotación contable de este alta si el gasto no lo hubiese sido en su momento:

Debe Haber
(2xxx) Inmovilizado
a
(7780) Ingresos extraordinarios

Una vez desafectados, en su caso, los bienes y anotados en el Inventario con el valor correspondiente y realizada la tasación que exige el Real Decreto Legislativo 1/2010, ya es posible que el Pleno Corporativo acuerde la aportación de no dineraria correspondiente a cambio de las participaciones correspondientes en la sociedad mercantil.
La ampliación de capital debe hacerse siguiendo lo establecido al efecto en el mencionado Real Decreto Legislativo 1/2010.
Materializada la aportación no dineraria éste es el asiento contable que corresponde:
Debe Haber
(6820) Dotación Amortización del IM a (2820) Amortización Acumulada mi

(25x0) Inversiones finan. permanentes
(2820) Amortización Acumulada del IM
(6710) Pérdidas procedentes del IM a (2xxx) Inmovilizado (entregado)
(7710) Beneficios procedentes de IM

SEGUNDO. Obligación de la Secretaria de la Corporación de ser Secretaria de la mercantil.-El artículo 166 del Texto Refundido de Régimen Local (TRRL), aprobado por RD 781/1986, establecía respecto de los funcionarios con habilitación nacional (hoy estatal):
"1. lo dispuesto en los artículos anteriores no impedirá la asignación, a los puestos de trabajo a que los mismos se refieren, de otras funciones distintas o complementarias.
2. la asignación de funciones complementarias a dichos puestos se realizara a través de la relación de puestos de trabajo, sin perjuicio de que mientras esta no haya sido aprobada por el pleno de la corporación pueda el presidente entidad, en uso de sus atribuciones básicas en orden a la dirección de la administración de la misma, encomendar a los funcionarios que desempeñan dichos puestos la realización de este tipo de funciones."
De la expresión utilizada en este precepto, "otras funciones distintas o complementarias" podría extraerse la conclusión de que las entidades mercantiles creadas y participadas, en este caso, al cien por cien con capital municipal, entraban dentro de esa complementariedad. Sin embargo, si nos fijamos en el apartado segundo del citado artículo 166 del TRRL, éste habla o se refiere a la "dirección de la administración de la misma", de la corporación"; expresión que no podemos entender ampliada más allá de los órganos necesarios o voluntarios, pero de la corporación, no en este caso de una sociedad mercantil municipal que se rige en su funcionamiento por normas de carácter privado, como veremos más adelante.
En todo caso hay que tener en cuenta que, a fecha de hoy, dicho precepto está derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 7/2007, del Estatuto del Empleado Público, y más en concreto el Capítulo III del Título VII, comprensivo de los artículos 158 a 166.

Por otro lado, el artículo 13.2 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el Régimen jurídico de los Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, establece lo siguiente:

"2. Las funciones de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, recogidas en los artículos 2 y 3 y concordantes de este Real Decreto, respecto de Juntas, Órganos o Entidades dependientes de la Corporación distintas del Alcalde, Pleno o Comisión de Gobierno decisoria, podrán ser encomendadas por la Corporación a funcionarios propios de la misma carentes de la habilitación de carácter nacional, a propuesta del titular de la Secretaría y que actuarán como delegados de éste."

De este precepto, que no está derogado, podríamos extraer la conclusión de que la sociedad mercantil municipal de referencia constituye una "entidad dependiente" y, por tanto, corresponderían al Secretario de la Corporación las funciones de fe pública y asesoramiento legal preceptivo en dicha mercantil; con la posibilidad, como recoge este artículo 13.2, de que a propuesta del titular de la Secretaría el Alcalde encomiende dichas funciones a funcionarios propios de la Corporación carentes de la habilitación de carácter estatal, que actuarán como delegados de éste.

En apoyo de esta tesis podríamos acudir al artículo 92.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RS), aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, que dispone:"El funcionamiento de la Corporación (se está refiriendo a una sociedad privada) constituida en Junta General de la empresa se acomodará, en cuanto al procedimiento y a la adopción de acuerdos, a los preceptos de la Ley y del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aplicándose las normas reguladoras del régimen de las sociedades anónimas en las restantes cuestiones sociales."

No obstante lo anterior, la Ley 57/2003, desvinculó del régimen local a las sociedades mercantiles municipales, equiparándolas al resto de sociedades privadas, al introducir en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), el artículo 85 ter., que en sus apartados 1 y 3 determina:

"1.Las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo.

3. Los estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas."

Como vemos, este nuevo precepto de la LRBRL viene, como decíamos, a desvincular del régimen local a las sociedades mercantiles municipales, equiparándolas al resto de sociedades privadas y, por consiguiente, la figura del habilitado estatal deja de tener vinculación alguna con estas sociedades mercantiles. Pero es más, la doctrina ha venido distinguiendo, dentro de sociedades de capital integra o parcialmente municipal, las industrialices o comerciales, que actúan en régimen competitivo en el

mercado, y las sociedades de servicio público a las que se refiere el artículo 85.2.A d) de la LRBRL (Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública) como uno de los instrumentos para la gestión directa de servicios públicos.

En nuestro caso estamos en presencia del primero tipo, sociedad mercantil industrial o comercial, cuyo objeto es la comercialización de energía eléctrica en competencia con las existentes en el mercado.

En todo caso, como hemos observado, estaríamos en presencia de un régimen de mayor peso del Derecho Privado, en el que los órganos sociales necesarios o facultativos estarán configurados por la legislación de sociedades anónimas o limitadas, etc., sin vinculación de ningún tipo con la figura de la Habilitación Estatal.

Por otro lado, en el ámbito mercantil, en el que debe moverse también esta sociedad, como tal Secretario de la Junta General o del Consejo de Administración, no tiene esa condición de asesor jurídico ni de fedatario público, como veremos a continuación.

En efecto, el artículo 1.1.a) de la Ley 39/1975, de 31 de octubre, sobre designación de letrados asesores del órgano administrador de determinadas sociedades mercantiles, aplicable a las sociedades municipales, que obliga a tener un letrado asesor del Consejo de Administración, en aquellas sociedades en que se den cualesquiera de los siguientes requisitos:

- Capital igual o superior a 300.506'05 euros.
- Cifra de negocios según último balance igual o superior a 601.012'80 euros.
- Plantilla de personal fijo superior a 50 trabajadores.

Letrado asesor que, según la Ley, tendrá entre otras funciones la de asesorar sobre la legalidad de los acuerdos del Consejo de Administración o Junta General. No obstante, aunque la sociedad municipal del Ayuntamiento de XX no cumpliera ninguno de esos tres requisitos, ello no quiere decir que esas funciones de asesoramiento legal deba realizaras “obligatoriamente” la Secretaria del Ayuntamiento.

Por tanto, aunque la Corporación haya acordado mediante su inclusión en los estatutos de la sociedad que el/la Secretario/a de la Corporación lo será también, preceptivamente, de la sociedad mercantil, no existe hoy base para ello. En efecto, aunque los antes citados artículo 92 del Reglamento de Servicios y 13.2 del RD 1174/86, pudieran inducirnos a tal obligación, en base al principio de jerarquía normativa, el mayor rango del artículo 85 ter de la LRBRL prevalece en todo caso sobre los anteriores.

Como recoge “EL CONSULTOR” en su número 3 de 2010: “muchos Registradores Mercantiles están dejando en suspenso los artículos de los estatutos de las sociedades municipales que vinculan Secretario del Consejo de Administración igual a Secretario de la Corporación, por vulnerar las flexibles reglas de nombramiento de Secretario del Consejo y funciones establecidas en el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en la Ley 2/1995, de 23 de marzo , de Sociedades de Responsabilidad Limitada (hoy, Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) y en el Real Decreto 1784/1996,

de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. No obstante, no existe una jurisprudencia vinculante ni de Tribunales, ni de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de forma que son perfectamente legales los Estatutos con tales cláusulas, aunque, repetimos, no es obligatorio.

Tras unas primeras dudas doctrinales, esta es la posición unánime, como no podía ser de otra forma, de los autores: XX, XX, XX.

Respecto a las funciones de la Intervención Municipal en las sociedades mercantiles de capital municipal, debe distinguirse:

1º.- No es de aplicación en las mismas la función interventora, según el artículo 214 del TR Ley 39/1988, de 28 de diciembre (EC 42/1989), reguladora de las Haciendas Locales (LRHL), pues, como señala el párrafo 1º de dicho artículo, la misma sólo alcanza a las entidades locales y sus organismos autónomos, sin que quepa analogía alguna.

2º.- Sí son aplicables los controles financiero y de eficacia de los artículos 220 y 221 TR LRHL, debiendo aplicarse las mismas reglas que para los organismos autónomos.

En cualquier caso, el control financiero y de eficacia es también responsabilidad de la Intervención Municipal, como señala el artículo 136 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), o la Disposición Adicional 2º, apartado 1.2 b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril (BOE del 13), del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

Por tanto, y como conclusión sobre esta cuestión, no existe obligación de que los Secretarios de las Corporaciones Locales lo sean de las sociedades mercantiles que aquellas puedan constituir.

TERCERO. Posibilidad de que empleado municipal preste servicios a la sociedad mercantil y el Ayuntamiento facture por ello.-Partimos de la premisa de que no se trata de una sociedad instrumental del Ayuntamiento que realice determinados servicios de competencia municipal, sino de una sociedad mercantil que realiza una actividad comercial o industrial en concurrencia con otras mercantiles.

Asimismo partimos de que el personal de estas sociedades ha de ser exclusivamente laboral, ya que aunque la sociedad pertenezca al sector público por ser participada por el Ayuntamiento, no es Administración, y por consiguiente no es posible la permeabilidad laboral entre Ayuntamiento y Sociedad mercantil.

Así, por ejemplo, si el electricista al que se hace mención en la consulta fuese funcionario del Ayuntamiento, para poder prestar servicios en la sociedad municipal debería pasar a la situación de excedencia voluntaria, conforme al artículo 89 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público..

Si por el contrario si el electricista en cuestión fuese personal laboral, recordemos que respecto al régimen jurídico aplicable a este tipo de empleados públicos y más en concreto respecto a sus situaciones administrativas, el artículo 92 de la Ley 7/2007, de 12 de abril , del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), establece que “El personal laboral se regirá por el Estatuto de los Trabajadores y por los Convenios Colectivos que les sean de aplicación. Los Convenios colectivos podrán determinar la

aplicación de este Capítulo al personal incluido en su ámbito de aplicación en lo que resulte compatible con el Estatuto de los Trabajadores.".

Así, el artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores (ET), Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo, dispone dos tipos de excedencia: la voluntaria y la forzosa. Precepto que no distingue entre personal laboral fijo y temporal. Con respecto a la excedencia voluntaria, el ET reconoce al trabajador, con al menos una antigüedad en la empresa de un año, el derecho a la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor de cuatro meses y no mayor de cinco años. Derecho que sólo podrá ejercitarse por el trabajador, otra vez, si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia.

Pues bien, sólo si el trabajador, funcionario o laboral, pasara a la situación de excedencia podría prestar sus servicios en la sociedad municipal bajo el contrato laboral que en su caso correspondiera.

Por tanto, y como conclusión, no es posible la fórmula propuesta por el Ayuntamiento, ya que en ese caso estaríamos ante una posible cesión ilegal de trabajadores, prohibida por el artículo 43 del ET.

Badajoz, septiembre de 2011

Venta de acciones en sociedad participada por sociedad publica municipal

ANTECEDENTES DE HECHO

Mediante escrito de fecha XXX 2011 y entrada en esta Institución Provincial el día 9 del mes de mayo del año en curso , el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XX, interesa informe sobre el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente:

" Por la presente le comunico que este Ayuntamiento participa como socio a través e la empresa pública municipal "promociones Públicas XX, S.A., en la empresa XX_, S.A., Sociedad que actualmente se halla inmersa en una situación financiera y comercial muy delicada que requiere acción inmediata por parte de sus accionistas y/o el Consejo de Administración.

La operación comercial de la planta que la planta que la sociedad tienen en este municipio de _____ es deficitaria y no se prevé que la situación cambie ene el corto o medio plazo.

La Planta se puso en marcha finales a de 200__lo que supuso cuantiosas pérdidas para la sociedad. La puesta en operación supuso un margen de contribución negativo (sin costes fijos ni financieros) de -000.000 €.

Durante el ejercicio 2010, se acometió un importante plan de reducción de costes y se realizaron unas ventas de los subproductos que había.. En la Sociedad solo permanecen __ personas para el mantenimiento y conservación mínimas de las instalaciones, se han reducido todos los gastos y contratos e servicios al mínimo. Se ha negociado con todos los proveedores importantes quitas en torno al 50%. Solo queda como acreedor relevante, Caja de _____ con un préstamo de ___ M€, además de _____, S.A., y sus socios industriales.

Por otra parte, durante el 2010, el Consejo acometió el estudio de la viabilidad de la Planta en el contexto de mercado y, tras determinar la caracterización de la estructura de costes operativos y logísticos, se identificaron las condiciones en las que la Planta pudiese comercializar biodiesel con márgenes de contribución positivos dentro de la cuota obligatoria de consumo nacional incrementada a ___ millones de toneladas en 2010.

Las conclusiones principales fueron:

- La inexistencia de legislación especifica para prevenir la importación de biodiesel; el nuevo Real Decreto de cuotas sigue sin publicarse y no se prevé que pueda solucionar la sobrecapacidad existente;
- El aumento de la capacidad instalada nacional;
- Capacidad excedentaria en 4 millones de toneladas;
- Las plantas existentes se encuentran en procesos de venta, concursales o hibernación.

Ante esta situación, se plantean a la Sociedad las siguientes opciones:

Venta de la totalidad del capital social de la Sociedad a favor de XX.

La venta se instrumentaría como una compraventa de acciones en la que los vendedores serian todos los accionistas de la Sociedad (b a saber XX, S.A., XX, S.A., y XX, S.L.). El precio de la compraventa sería 1 €, teniendo en cuenta que el valor actual de la Sociedad es negativo. El comprador seria XX o bien Caja XX, en la proporción que en su caso XX comunicara, dependiendo de los acuerdos finalmente alcanzados entre XX y Caja XX en relación con el repago de la deuda financiera otorgada por esta última.

Debe tenerse en cuenta que si la Sociedad es vendida a XX, se supera el riesgo acuciante de insolvencia actual y, por consiguiente, con carácter previo o simultáneo a la venta se podrá proceder al pago de la totalidad de la cantidad adeudada al Ayuntamiento de XX en concepto de ICIO.

O bien,

Concurso de acreedores.

Si la venta propuesta en el apartado anterior no fuera posible por cualquier razón, se debería solicitar con carácter inmediato el concurso de acreedores de la Sociedad, toda vez que ésta se puede considerar ya en situación de insolvencia inminente y con riesgo cierto de incurrir en insolvencia actual a corto plazo.

Ante estas propuestas se plantean dudas sobre la legalidad de la venta de la participación de este Ayuntamiento mediante una compraventa de acciones en la que los vendedores serian todos los accionistas de la Sociedad (a saber, _____ _____, S.A. _____, S.A., y _____, S.L.), cuyo precio seria 1 €, teniendo en cuenta que el valor actual de la Sociedad es negativo, por lo que, por el presente le ruego que por ese Servicio de Asesoramiento y Asistencia Jurídica, se emita informe jurídico sobre la legalidad y el procedimiento a utilizar para dicha compraventa."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Por los datos facilitados entendemos que el Ayuntamiento, a través de una sociedad mercantil local, participa, junto a otros socios privados, en otro ente societario, ejercitando una actividad económica sin vinculación a un servicio público municipal. Y que esta última se encuentra en una situación financiera de impagos regulares a los acreedores por deudas ya vencidas, y está tratando de revertir este estado "preconcursal", mediante la venta de su participación en la misma.

A) ENAJENACIÓN POR LA SOCIEDAD MERCANTIL MUNICIPAL DE SU PARTICIPACIÓN ACCIONARIAL.

La Ley 7/1985 Reguladora de las Bases de Régimen Local, establece en su artículo 85 TER que las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación. Es por ello que, en lo que ahora nos ocupa, utilizaremos normas propias del derecho privado y mercantil.

En primer lugar, hay que determinar el régimen jurídico de la enajenación de estos activos financieros, cuando no existan normas específicas de procedimientos de adjudicación de la sociedad mercantil municipal, como poder adjudicador.

El artículo. 6 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales -RBEL-, define los bienes patrimoniales municipales como aquellos que no estén destinados a uso público ni afectados a algún servicio público y puedan constituir fuentes de ingresos para el erario de la Entidad.

El artículo. 7.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), considera a esa clase de activos financieros como bienes patrimoniales, al señalar: "(...) tendrán la consideración de patrimoniales de la Administración General del Estado y sus organismos públicos... los valores y títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de sociedades mercantiles... 3. El régimen de... enajenación de los bienes y derechos patrimoniales será el previsto en esta ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen. Supletoriamente, se aplicarán las normas del derecho administrativo, en todas las cuestiones relativas a la competencia para adoptar los correspondientes actos y al procedimiento que ha de seguirse para ello, y las normas del Derecho (...)".

Respecto del procedimiento de enajenación de los bienes patrimoniales, la legislación aplicable viene determinada por el artículo. 80 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local -TRRL- , al señalar que: “Las enajenaciones de bienes patrimoniales habrán de realizarse por subasta pública. Se exceptúa el caso de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario”.

El artículo. 112 RBEL señala que las enajenaciones de bienes patrimoniales se regirán en cuanto su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales. No obstante, en la actualidad habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo. 4.1.p) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público -LCSP- , que explicita como contrato excluido de la misma la compraventa de valores negociables, y las acciones lo son según preceptúa el artículo. 2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores -LMV- .

Por su parte, el artículo. 20 LCSP considera también contratos privados a los celebrados por sociedades mercantiles municipales, rigiéndose su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, se aplicarán las normas de derecho privado.

Y es el citado artículo. 4.1.p) LCSP el que reenvía otra vez a la legislación patrimonial, a la vez que confirma el carácter de privado de dichos contratos. Y, como consecuencia de todo ese vaivén de remisiones normativas, desembocamos en la LPAP; y, aunque los preceptos relativos a los procedimientos y formas de enajenación de bienes contenido en la misma no son de carácter básico, con arreglo al sistema jerárquico de fuentes determinado en el artículo. 1 RBEL, habría que entenderlo de aplicación supletoria, en defecto de normativa estatal o autonómica de aplicación directa.

Por tanto, en el supuesto planteado la legislación específica aplicable a las actuaciones contractuales de la sociedad mercantil municipal, al tener la condición de

poder adjudicador y calificarse el contrato de venta de acciones de naturaleza jurídica privada, viene determinada por el artículo. 175 LCSP, debiendo aplicar el manual de instrucciones o normas internas en las que se regulen los procedimientos de adjudicación, de conformidad con los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. De no tener aprobados la sociedad municipal esas instrucciones internas, será aplicable la LCSP, en cuanto a la preparación y adjudicación, con la particularidad de adjudicarlo mediante procedimiento de subasta. Se seguirá el cauce procedimental y normativa de los entes administrativos, con las singularidades del régimen aplicable a las sociedades de capital.

Esta normativa deberá completarse con los Estatutos de la sociedad municipal, determinándose en un único criterio de adjudicación -precio más bajo del artículo. 134.1 LCSP-, modulado con otras cláusulas (capacidad, solvencia económico-financiera y técnica), en las cuales se establecerán el régimen jurídico obligacional del adjudicatario, incluyendo la asunción de continuar y suceder en la actividad empresarial, en la forma que se apruebe.

Conviene recordar que, a partir de la entrada en vigor de la LCSP, ya no se habla de subasta -un único criterio para la adjudicación del contrato (el precio)-, o concurso (varios criterios), sino que se hace alusión a términos hasta entonces asumidos tanto por la normativa patrimonial como por la de contratación, en cuyo caso deberá precisarse en el Pliego.

Respecto del precio de la enajenación, su importe inicial habrá de ser establecido conforme al contenido del artículo. 118 RBEL, al señalar como requisito previo a toda enajenación de bienes patrimoniales la valoración técnica de los mismos, acreditando, de modo fehaciente, su justiprecio.

En cuanto al órgano competente para la enajenación, habrá de estarse a lo establecido en los Estatutos y la normativa que regulen la sociedad mercantil local, en cuanto a la distribución de facultades entre los órganos societarios.

La ordenación de la venta de estos activos financieros se contiene en el artículo. 175 LPAP, al regular la enajenación de títulos representativos de capital; y, aunque no es de aplicación general a todas las Administraciones, podemos tenerlo en cuenta a falta de otra regulación (así, parte de la doctrina considera que el Título VII de esta Ley, en el que se encuentra el artículo. 175 LPAP, es supletoriamente aplicable en ausencia de normativa local específica, aunque no estamos en presencia de una Administración Pública, sino de un ente societario instrumental del Ayuntamiento).

La utilización de otro procedimiento diferente al de la subasta -como pudiera ser el concurso con varios criterios de adjudicación-, conllevaría su motivación así como su vinculación a la prestación de un servicio público local o necesidad de interés general.

Así, la aplicación del procedimiento de enajenación de bienes patrimoniales mediante subasta ha venido matizándose por la Doctrina de la JJCA del Estado, en su informe nº 25/2008, de 29 de enero , sobre procedimientos y formas de adjudicación de contratos patrimoniales, y la jurisprudencia del TS (Sentencias de 20 de mayo de 2006, y de 22 de marzo de 2006).

B) DECLARACIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES.

Respecto a la situación de insolvencia de la sociedad participada, hay que matizar que si la sociedad mercantil se encuentra en situación de desequilibrio por pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del capital social, estaría incursa en causa de disolución, de conformidad con el artículo. 363 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital -LSC-, salvo que concurran los fundamentos para solicitar el concurso de acreedores, en cuyo supuesto no supondría la disolución de la sociedad hasta la apertura de la fase de la liquidación en el concurso de acreedores (artículo. 361 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal -LC-).

La declaración de concurso, por sí sola, no interrumpe el ejercicio de la actividad de la sociedad participada, sin perjuicio de los efectos que produce sobre las facultades patrimoniales de la misma; pero goza el juez del concurso de amplias potestades para acordar el cierre de sus oficinas, establecimientos o explotaciones, así como llevarla al el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta, previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores.

En cualquier caso, corresponde al deudor, en este caso la sociedad participada, expresar en la situación en la que se encuentra, y además, deberá justificar, que no probar, su endeudamiento y su estado de insolvencia, lo que hará precisamente en el momento de la presentación de la solicitud de concurso y que se trata en el artículo 6 de la Ley. Es decir, la solicitud de la declaración del concurso de acreedores (llamado voluntario) debe presentarlo el deudor cuando su insolvencia sea actual o inminente, con una previsión de no poder atender de forma regular y puntualmente sus deudas. En este caso, el órgano competente para solicitar el concurso voluntario es el órgano de administración o de liquidación. El término “inminente” gira en torno a la previsión de imposibilidad de cumplir a corto plazo; es decir, amenaza con suceder prontamente. El concepto “inminente” se compone de dos elementos: por un lado, exige una previsión (es un estado objetivamente probable) y, por otro, el juicio que contenga dicha previsión ha de ser un juicio de probabilidad y no de posibilidad en el sentido de que hay buenas razones para creer que se verificará o sucederá. Ante esta situación, la Ley le impone al deudor la obligación de solicitar su propio concurso en el plazo de dos meses desde que conoció o debió conocer su estado de insolvencia, y ello con el fin de impedir el colapso de su patrimonio, a que se vería avocado por el retraso en la decisión de colocarse en situación concursal. Se excepciona este deber si ha iniciado negociaciones para obtener adhesiones a la propuesta anticipada del convenio y lo comunica al Juzgado. Si trascurren tres meses del traslado al Juzgado, tendrá obligación de solicitar el concurso en el plazo de un mes.(También están legitimados para pedir la declaración de concurso cualquiera de sus acreedores, con tal de que prueben la existencia de su crédito con los requisitos que marca la Ley en su artículo 5.)

Así, la sociedad participada deudora deberá presentar, junto con el escrito de solicitud del concurso, los mismos documentos cualquiera que sea el estado concreto de la misma, a saber:

a) Un poder especial para solicitar el concurso.
b) Una memoria.
c) Un inventario de bienes y derechos.
d) Una relación de acreedores,

Todos estos documentos con el contenido y circunstancias a que se refiere el artículo 6 de la Ley Concursal.

En lo que respecta al procedimiento, el mismo se inicia por la simple presentación de su solicitud ante el Juzgado de lo Mercantil competente para su conocimiento. La Ley no contiene un precepto específico que puntualice cuál debe ser el contenido de la solicitud, si bien indudablemente debe aportarse con claridad al escrito la manifestación separada de los hechos y fundamentos de derecho. Resulta evidente la necesidad de aportar los datos identificativos del que promueve, tanto si es el que propio deudor el que solicita el concurso o como si son sus acreedores.

En la solicitud se hará constar claramente la petición de declaración de concurso. Presentada ésta con toda la documentación antes señalada, el juez pasará a la observación minuciosa de la misma; en caso de adolecer la solicitud de alguno de los documentos exigidos o de no estar completos, el juez dará al solicitante un plazo de cinco días para su justificación o subsanación, como bien expresa el artículo 13.2 de la Ley.

Presentada la solicitud en el Registro general, con sus documentos y copias, se procederá a su reparto entre los distintos juzgados de lo mercantil en el caso de existir varios. Respecto a la competencia territorial de los juzgados, la misma vendrá determinada por el lugar donde la sociedad concursada tenga el centro de sus intereses principales, que no es otro que el de su domicilio social. Por tanto, y salvo prueba en contrario, en los concursos voluntarios (promovidos por el propio deudor, en este caso la sociedad participada), será competente el juez de lo mercantil donde radique el domicilio social de la sociedad; allí será por tanto donde deba presentarse la solicitud.

Llegados a este punto, y una vez turnada la solicitud al juez de lo mercantil y admitida su competencia, éste la examinará en ese mismo día o en el siguiente, y si la estima completa, dictará auto declarando el concurso si el que la ha solicitado es el propio deudor. Si la solicitud de concurso la presentan los acreedores, dictará auto admitiendo la solicitud a trámite, pero trasladando la documentación al deudor para su examen y comparecencia en el plazo de cinco días, proponiendo los medios de prueba necesarios.

Especial atención dedica la ley a los supuestos de concurso de persona jurídica y a los efectos que en este caso produce la declaración, materia de gran importancia, como corresponde a la que estos entes y, fundamentalmente, las sociedades revisten en el moderno tráfico.

Durante la tramitación del concurso se mantienen los órganos de la persona jurídica deudora. Los administradores concúrsales están legitimados para ejercer las acciones de responsabilidad contra los administradores, auditores y liquidadores, sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios. El efecto más severo que la ley

establece es el del embargo de bienes y derechos de los administradores y liquidadores, que el juez puede acordar cuando exista fundada posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa resulte insuficiente para satisfacer todas las deudas.

De lo señalado en la consideración anterior se desprende que cabe la posibilidad de llegar el embargo de bienes de administradores y liquidadores. No podemos olvidar que estas sociedades participadas por sociedades públicas municipales o sociedades de economía mixta, suelen contar con bienes pertenecientes al inventario municipal, esto es, se trata de bienes de carácter patrimonial, y este extremo es importante, ya que en caso final de embargo, la legislación de régimen local marca el límite sobre la embargabilidad de los bienes que son propiedad de las entidades locales, pues un primer límite a la embargabilidad de los bienes del Ayuntamiento conforme resulta de los artículos. 80.1 LRBRL, 5 RBEL, y 23 LGP, es que sólo podrían ser embargados los bienes patrimoniales no afectados a uso o servicio público.

En cuanto al cobro del ICIO por el Ayuntamiento, en el supuesto de declaración del concurso de acreedores, los créditos existentes con anterioridad a la declaración del mismo se denominan créditos concursales y, de conformidad con el artículo. 91 LC, los créditos tributarios están graduados para su pago en el 2º orden, como créditos con privilegio general.

En todo caso, el procedimiento de apremio será preferente para la ejecución de los bienes o derechos embargados en el mismo, siempre que la providencia de apremio se hubiera dictado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, según el artículo. 164 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria -LGT- .

CONCLUSIONES:

Primera.- En defecto de normas internas propias o manual de instrucciones reguladoras de los procedimientos de adjudicación de la sociedad local, respetando los principios publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, se aplicará el procedimiento contractual de la enajenación mediante subasta pública, pero únicamente de los títulos representativos de capital social que tiene la sociedad mercantil municipal, previa valoración pericial de la participación empresarial municipal. Los activos financieros de los otros socios privados accionistas se transmitirán mediante su venta sujeta a la normativa de derecho privado.

Segunda.- Si concurren los requisitos para dar cumplimiento al deber de solicitar el concurso de acreedores, puede comunicarse al Juez la propuesta anticipada de convenio que se haya llegado con el tercero o entidad bancaria, a efectos de continuar con la actividad empresarial, obteniendo un margen temporal de cuatro meses para terminar la adjudicación del accionariado municipal y presentar un plan de viabilidad dentro de la propuesta de convenio, evitando la posibilidad de nombramiento judicial de administradores concursales que pudieran tener una voluntad diferente a los actuales gestores y propietarios de la sociedad participada.

Badajoz, mayo de 2011

URBANISMO

Deficiencias en las obras de urbanización de la UA nº 5, cuyo promotor no las concluye, impidiendo su recepción y la de los terrenos de cesión obligatoria a favor al PMS.

ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

a) Con fecha X de febrero de 2011, tiene entrada en este Servicio escrito del Ayuntamiento XX, en relación con "... el problema originado por una urbanización privada, cuyo promotor no acaba por subsana determinadas deficiencias para poder aceptar la cesión de viales, etc., lo cual impide tanto la recepción de aquellos como de los terrenos de cesión obligatoria al PMS, ..." y mediante el que se solicita informe "... respecto a las posibilidades de acelerar dicho proceso y obligar a la empresa a la subsanación de las deficiencias existentes."

b) Con fecha X de abril de 2011, se celebra una reunión con el Arquitecto Municipal, que realiza una detallada exposición de la situación y aporta documentación relativa al expediente. De lo tratado en la reunión y de la documentación aportada se extraen los siguientes antecedentes:

c) El promotor presentó proyecto de urbanización, proyecto de reparcelación, no aportando por el contrario Programa de Actuación ni prestando fianza.

d) La urbanización fue autorizada mediante acuerdo de X/09/2004, acordándose con fecha, X/05/2005, la aprobación del proyecto de reparcelación voluntaria.

e) Con fecha X de noviembre de 2009, se insta la recepción definitiva de las obras de urbanización, emitiendo al respecto dos informes (con fecha X/03/2010 y X/07/2010) el Arquitecto Municipal en los que se recogen determinadas deficiencias observadas en la urbanización y en relación con la superficie de la finca objeto de cesión al Ayuntamiento, en concepto de participación de la comunidad por las plusvalías generadas por la actuación.

f) Con fecha X de julio de 2010 se remite Certificado Final de Obras, expedido con fecha X/07/2010, visado por los Colegios Oficiales de Arquitectos de Extremadura y de Aparejadores, Arquitectos Técnicos e Ingenieros de Edificación de Badajoz, con fechas, X/07/2010 y X07/2010, respectivamente.

g) En la actualidad persisten dos problemas en torno a la urbanización: de un lado, aparecen determinadas deficiencias que deben ser subsanadas con

carácter previo a la recepción, y de otro lado, se ha comprobado que los aprovechamientos de la parcela reservada a favor del Ayuntamiento como cesión obligatoria libre de cargas son inferiores al mínimo establecido legalmente.

FONDO DEL ASUNTO.

1º. Del contenido del artículo 104 de la LSOTEX se desprende que la ejecución del planeamiento consiste en la realización de la función pública de transformación del suelo, en su urbanización, mediante la producción de infraestructuras públicas de urbanización y una de las instituciones claves de esa función pública es la unidad de actuación, que en virtud del artículo 105.1.c) de la misma ley, forma parte de su contenido y "… opera simultáneamente como ámbito para el desarrollo de la totalidad de las operaciones jurídicas y materiales precisas para la ejecución integral del planeamiento y de la comunidad de referencia para la justa distribución de beneficios y cargas."

La disposición preliminar de la LSOTEX da el concepto de unidad de actuación: "7. Unidad de actuación urbanizadora: Superficie de terreno delimitada para la ejecución de la urbanización prevista por los instrumentos de la ordenación territorial y urbanística y comprensiva de una actuación conjunta que dé como resultado dos o más solares conforme a una única programación." El concepto recoge los aspectos esenciales de la unidad de actuación, que se corresponden otros tantos documentos sobre los que se sustentará su ulterior desarrollo:

a) Programación, mediante el Programa de Actuación.

b) Urbanización, mediante el proyecto de urbanización, que formará parte del Programa de Actuación.

c) Parcelación urbanística, mediante el proyecto de reparcelación.

Es asimismo la LSOTEX la que precisa los conceptos de las instituciones enumeradas: el artículo 118.1 establece que "Los Programas de Ejecución determinan y organizan la actividad de urbanización identificando definitivamente el ámbito espacial concreto que delimita la actuación y estableciendo las condiciones para su desarrollo."; el artículo 121.1, "Los proyectos de urbanización son proyectos de obras que definen los detalles técnicos de las obras públicas previstas por los planes de ordenación urbanística."; y el artículo 42.1, "Se entiende por reparcelación la operación urbanística consistente en la agrupación de fincas, parcelas o solares existentes para su nueva división ajustada a los planes de ordenación urbanística, con adjudicación de las nuevas fincas, parcelas o solares a los interesados, en proporción a sus respectivos derechos."

2º. La regulación de la recepción definitiva de las obras de urbanización está contenida en el artículo 162 de la LSOTEX, si bien el apartado 2 del artículo inmediatamente anterior, el 161, contiene una regla de gran interés al determinar que "2. En las obras de urbanización realizadas por gestión indirecta o por particulares, el deber previsto en el apartado anterior comenzará desde el momento de la recepción definitiva por la Administración actuante de las correspondientes obras.", el deber al que hace referencia no es otro que "1. La conservación de las

obras de urbanización, incluyendo el mantenimiento de las dotaciones y los servicios públicos correspondientes, …" En términos similares viene a pronunciarse el artículo 67 del RGU.

Por su parte, el artículo 162 de la LSOTEX, tras determinar que la recepción corresponderá siempre al Municipio, establece una serie de reglas para la recepción definitiva:
1. Para el caso de la observación de deficiencias, se deberán determinar tales deficiencias (lo que según parece ha hecho el Ayuntamiento) y fijar un plazo concreto para la subsanación.
2. Queda en suspenso la eficacia de la recepción hasta que las deficiencias sean subsanadas.
3. Para que la recepción definitiva despliegue todos sus efectos debe extenderse un acta de conformidad con las obras de subsanación efectivamente realizadas.
De todo ello se deduce que el plazo máximo para resolver contenido en el apartado 4 del citado precepto, "... tres meses a contar desde la comunicación al Municipio de la finalización de las obras interesando su recepción, aunque será ampliable hasta en la mitad de dicho plazo por razones justificadas en las necesarias comprobaciones del estado de las obras, construcciones e instalaciones.", decae hasta tanto se subsanen las deficiencias apreciadas y comunicadas y ello incluso en el supuesto de que por el Ayuntamiento se hayan realizado determinados actos que tácitamente impliquen la recepción de la obra (concesión de licencias de edificación sin afianzamiento de las obras de urbanización, concesión de cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación, etc.), ya que la recepción tácita está admitida muy excepcionalmente y sometida a unos requisitos que no se dan en nuestro supuesto al exigirse, además de la realización de tales actos, que estos sean concluyentes y que las obras se hayan realizado debidamente. En este sentido el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 25 de enero de 2002, contiene la siguiente doctrina:
"La ejecución completa de las obras de urbanización y su conservación en las debidas condiciones, hasta su entrega a la Administración, son obligaciones que corren a cargo del promotor de la misma, como resulta del artículo 67 del Reglamento de gestión urbanística interpretado "a sensu contrario". Por regla general la entrega de las obras a la Administración debe ser formalizada mediante las actas correspondientes, conforme a lo que se desprende del artículo 180.3 RGU, previa comprobación del estado y circunstancias de las obras, lo que implica un ofrecimiento de ellas por los promotores a la Administración y la aceptación y recepción de las mismas por ésta.
Sin embargo, como reconocen las sentencias de esta Sala de 22 y 29 de noviembre de 1993 - en que se fundamenta con pleno acierto la sentencia aquí recurrida - y también la sentencia posterior de 1 de febrero de 1999, es posible admitir excepcionalmente una recepción y aceptación tácita válida y eficaz que vincula a la Administración, cuando las obras se han realizado debidamente y existen actos propios de ésta que resultan concluyentes de tal recepción.

Decae así la primera parte del alegato que se formula, no siendo aceptable - como pone de manifiesto el contrarrecurso - que se traten de modificar en la parte restante del mismo los hechos que la sentencia recurrida declara probados. Esta negación de los hechos no se efectúa en su esencia o significado, como hechos concluyentes de que se ha producido tácitamente la recepción así como el destino continuado de las obras a su destino público al menos desde el año 1982, sino en su existencia como hechos concretos o, por así decirlo, históricos (en cuanto ceñidos a la apreciación fáctica singular de este caso concreto). La sentencia no declara, así, como se afirma con indudable habilidad procesal, pero incurriendo en el defecto de hacer supuesto de la cuestión, que las aceras y calzadas se hayan entregado en mal estado, sino que la existencia de éstas se demuestra en el año 1991 respecto de una urbanización que data del año 1963 y que fue objeto de un Plan Parcial en 1970, siendo ese el único sentido que cabe dar a la referencia al mal estado de las calzadas que se ofrece en la sentencia."

Dado que el Ayuntamiento no parece haber seguido las pautas que para la gestión indirecta marca la LSOTEX en los artículos 130 y siguientes, no parece que pueda acudirse al régimen previsto en el artículo 138 para la resolución de la "adjudicación". Con esta situación, parece que lo más razonable es que el Ayuntamiento de oficio requiera al promotor para llevar a cabo la recepción definitiva y determine qué deficiencias persisten y en qué plazo debe proceder a su subsanación, levantando en su caso el acta de conformidad con las obras de subsanación efectivamente realizadas. En el supuesto de que el promotor no lleve a cabo la subsanación de deficiencias en el plazo dado para ello, el Ayuntamiento podrá dictar la correspondiente orden de ejecución para la realización de obras y trabajos de reparación o restauración legalmente exigibles, conforme a lo dispuesto en los artículos 191 de la LSOTEX y 95 y siguientes de la LRJPAC. No obstante, con el fin de asegurar en todo caso la ejecución de la urbanización el artículo 132 de la LSOTEX, prevé un estricto régimen garantías y responsabilidades del agente urbanizador, que han ido decayendo en su mayor parte, si bien sí se mantiene la responsabilidad en que incurre el agente urbanizador que, conforme al apartado 4, "… es responsable de los daños causados a los propietarios o a otras personas como consecuencia de su actividad o por falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, salvo cuando aquéllos tuvieran su origen en una orden directa de la Administración actuante o en el cumplimiento de una condición impuesta por ella."

3º. Por lo que respecta a la cesión a favor del municipio de los aprovechamientos libres de cargas, debe hacerse constar que viene establecida en el artículo 31.2.b) de la LSOTEX, siendo obligatoria para el promotor e irrenunciable para la Administración. Por tanto, con independencia de que la comprobación debió realizarse en su momento, el derecho del Ayuntamiento no ha decaído en modo alguno. El problema es que, según la información facilitada, ya es imposible obtener un mayor aprovechamiento en la Unidad de Actuación nº 5. Lo normal es que su materialización se produzca en la propia unidad de actuación; sin embargo, debe tenerse en cuenta que del tenor literal del propio precepto, "2. Las entregas de terrenos a la

Administración comprenden: … b) La superficie de suelo libre de cargas de urbanización precisa para materializar el diez por ciento del aprovechamiento del sector que corresponde a la Administración.", se desprende que no tiene por qué materializarse en la propia unidad de actuación sino que podría realizarse en otra distinta siempre que esté incluida en el mismo sector. Esa previsión sí que parece estar recogida para el área de reparto en el segundo párrafo del apartado c) del mismo precepto. Téngase en cuenta que el artículo 37 del RPEX permite delimitar un área de reparto que comprendan más de una unidad de actuación, siempre que sean continuas ("2. En el suelo urbano consolidado (SUC), y en el no consolidado (SUNC) que se ejecute mediante unidades de actuación discontinua no procederá la delimitación de áreas de reparto, constituyendo cada solar el ámbito espacial de atribución del aprovechamiento, …") En cualquier caso conviene precisar que la Ley no exige expresamente que se materialice en la unidad de actuación ni tampoco prohíbe de manera expresa que se haga fuera de la misma, a condición de que se realice en el sector. No obstante, debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 33.1 del RPEX, "Los sectores son los ámbitos propios de los Planes Parciales de Ordenación y en los que éstos cumplen su función de establecimiento de la ordenación urbanística detallada.", lo que nos remite al ámbito del suelo urbanizable.

Sin más antecedentes para este supuesto, es interesante la previsión que contiene el artículo 149.2 de la LSOTEX en relación con el pago en especie en el procedimiento de expropiación forzosa por razón de urbanismo, que de manera expresa prevé esta posibilidad y regula su procedimiento: "2. El pago del justiprecio podrá producirse mediante la adjudicación de terrenos de valor equivalente situados en la misma unidad de actuación. Por acuerdo con el afectado, podrán adjudicarse en terrenos situados fuera de dicha actuación.", exigiendo por tanto el acuerdo, dando lugar a la terminación convencional del procedimiento regulada en el artículo 88 de la LRJPAC.

En todo caso, la LSOTEX sí que prevé una solución concreta al problema que se plantea que es la sustitución del abono en metálico, expresamente prevista en el apartado 3 del mismo artículo 31, posibilidad que sujeta a los supuestos y condiciones del artículo 38, por lo que, sin mayores concrecione y situándose la Unidad de Actuación en suelo urbano no consolidado los requisitos son:

a) Que se motive expresamente que no es necesario destinarlo a la promoción pública de edificaciones dentro de la actuación.

b) Que se tase conforme a lo establecido en el artículo 93.a).

c) Que el adquirente lo destine a cualquiera de los usos establecidos en el artículo 92.1.

En conclusión, se considera que el Ayuntamiento tiene dos posibles soluciones para completar la cesión de aprovechamientos lucrativos libres de cargas a favor del Municipio:

La materialización de la diferencia de los aprovechamientos en otra unidad de actuación a condición de que se encuentre en el mismo sector. Para afianzar la

operación y en aras de la transparencia, debería formalizar el correspondiente convenio de conformidad con el último párrafo de los artículos 2.2 de la LSOTEX, "..., sin perjuicio de la admisibilidad de la suscripción de convenios en los estrictos términos previstos en esta Ley.", y 88.1 de la LRJPAC, "1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin." Los límites y requisitos están previstos en el artículo 7.2 de la LSOTEX, en tanto que el apartado 3 determina el procedimiento: a), información pública, por un periodo mínimo de veinte días, incluyendo su texto íntegro; b), aprobación por el Ayuntamiento Pleno, tras el periodo de información pública y a la vista de las alegaciones; y c), publicación en el correspondiente diario oficial, previo depósito e inscripción en el Registro de Convenios Urbanísticos dependiente de la Consejería de Fomento. Y por lo que respecta al contenido, está relacionado en el artículo 88.2 de la LRJPAC: "2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados."

- Sustitución de los aprovechamientos por su abono en metálico, para lo que deberá motivarse que no es necesario destinarlos a la promoción pública de edificaciones dentro de la actuación, debiendo ser tasados en un precio que no sea "… inferior al 90 % del valor máximo legalmente establecido para los usos sujetos a protección pública, ni superior en un 10 % al valor del aprovechamiento que tenga ya atribuido el terreno." (artículo 93.1 de la LSOTEX), debiendo destinarse a cualquiera de los fines previstos en el artículo 92.1 de la LSOTEX:
- "1. Los bienes de los patrimonios públicos de suelo deberán ser destinados, de acuerdo con su calificación urbanística, a:

- Viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o de precio tasado para venta o arrendamiento, autorizados por la Junta de Extremadura.
- Usos declarados de interés público, bien por disposición normativa previa o del planeamiento, bien por decisión de la Junta de Extremadura o del Ayuntamiento Pleno.
- Cualesquiera de los usos, incluso lucrativos, admitidos por el planeamiento, cuando así sea conveniente para la ejecución de éste, tal destino redunde en una mejor gestión del correspondiente patrimonio público y así se declare motivadamente por la Administración titular y, en su caso, también por la competente para aquella ejecución.

- Cuando se trate de recursos dinerarios, además, a conservación, mejora, ampliación, urbanización y, en general, gestión urbanística de los propios bienes del correspondiente patrimonio público de suelo, así como la promoción de viviendas sujetos a algún régimen de protección pública o que comporte un precio tasado en venta o alquile u otros usos de interés social a los que sea aplicable, por cualquier título, cuando menos un régimen de precio tasado de venta o alquiler."

Badajoz, marzo de 2011.

Expediente de legalización de obra en suelo no urbanizable (Polígono 43, Parcela 34).

ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha X de julio de 2011, tiene entrada en la Oficialía Mayor, escrito del Ayuntamiento de Casas de don Pedro, en el que expone "Que en este Municipio, existen construcciones realizadas fuera del casco urbano en terreno rústico, naves y casas, llegando a formar en algunos parajes pequeños núcleos (10/12 viviendas), unas construcciones son recientes y otras tienen una antigüedad de unos 10 años. ¿Existe la posibilidad de legalización?" mediante el que se solicita se emita informe "sobre la situación en que se encuentran las viviendas y si existe la posibilidad de legalizar las construcciones."

FONDO DEL ASUNTO.

1º. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 169.1 de la LSOTEX, "Corresponde a los Municipios velar por el cumplimiento de las disposiciones de la presente Ley y de las normas y demás instrumentos que la complementan o desarrollan para cumplir las finalidades y promover los bienes jurídicos proclamados en los artículos 3 a 6, ambos inclusive.", añadiendo el apartado 2 del mismo precepto que "El ejercicio de las potestades reguladas en este Título es inexcusable. A tal efecto, las autoridades y los funcionarios están obligados a iniciar y tramitar, en los plazos previstos en cada caso, los procedimientos establecidos para el ejercicio de tales potestades. El incumplimiento de este deber podrá dar lugar a responsabilidad disciplinaria." Las potestades reguladas en el Título V, que precisamente se abre con el artículo 169, no son otras que las funciones de garantía y protección de la ordenación territorial y urbanística. Para ejercer ese control de la legalidad urbanística y territorial la ley dota de unos medios concretos: la inspección urbanística, la comunicación previa, la autorización y la licencia o los informes sustitutivos de cualquiera de éstas (artículo 171.1 de la LSOTEX). Debe destacarse que esa función inspectora está atribuida expresamente al Municipio prácticamente en exclusiva, por los artículos 169.5 y 189.1 de la LSOTEX, precepto que la concreta en los siguientes términos: "La función de inspección de los actos, las operaciones y las actividades de transformación, utilización, aprovechamiento o uso del suelo corresponde a los Municipios dentro de su término municipal.", estableciendo el apartado 2 el ámbito material de la misma:

"/

14. Vela por el cumplimiento de los fines, objetivos y bienes proclamados en los artículos 2 a 6 de esta Ley y las disposiciones e instrumentos que la desarrollan y complementan.
15. Vigila e investiga los actos, las operaciones y las actividades que pudieran vulnerar la normativa señalada en el apartado anterior.
16. Denuncia cuantas anomalías observe en la ejecución y aplicación de los instrumentos para la ordenación ambiental, territorial y urbanística.
17. Informa y propone a las Administraciones y autoridades competentes sobre la adopción de las medidas cautelares, correctivas y sancionadoras que juzgue convenientes para la conservación ambiental y el cumplimiento de la ordenación territorial.
18. Instruye los expedientes sancionadores que se le encomienden.
19. Colabora con los Tribunales de Justicia y las Administraciones competentes en materia ambiental y de ordenación territorial y urbanística.
20. Desempeña cuantas otras funciones asesoras, inspectoras y de control le sean encomendadas."

2º. En otro orden, el artículo 192 de la LSOTEX distingue, en relación con las obras, edificaciones, construcciones e instalaciones y demás operaciones y actividades, incluidos los usos, regulados por la ordenación territorial y urbanística, dos tipos de situaciones distintas: de un lado, la de clandestinidad, cuando se realicen o se hayan realizado sin contar con los correspondientes actos legitimadores previstos en la presente Ley o al margen o en contravención de dichos actos; y de otro la de ilegalidad, cuando, aun contando con los actos legitimadores a que se refiere la letra anterior, se realicen o hayan realizado en disconformidad con la ordenación territorial y urbanística.

Los preceptos siguientes establecen las reglas y procedimientos tendentes a la legalización de las obras clandestinas (artículo 193) y a la legalización de las obras ilegales (artículo 194), que seguirán el mismo procedimiento que las anteriores, pero con ciertas peculiaridades (obligatoriedad de la incoación de procedimiento sancionador, imposibilidad de legalización de actuaciones realizadas en suelo no urbanizable de protección, zonas verdes, espacios públicos o bienes dominio público, servicio público o en bienes comunales o en terrenos forestales protegidos o en espacios naturales, así como en terrenos de suelo no urbanizable que hayan perdido su masa arbórea en virtud de talas ilegales y la inoperancia de acto administrativo legitimador, de existir éste). En tanto que el artículo 195 reitera el carácter inexcusable que tiene para el Municipio el ejercicio de las actuaciones de restablecimiento de la legalidad urbanística y territorial, el artículo 196, determina los límites de la legalización, estableciendo que "1. La innovación del planeamiento no implicará la legalización automática de las actuaciones clandestinas o ilegales realizadas estando en vigor el planeamiento anterior." y que "2. En ningún caso, la legalización podrá significar la vulneración de los principios, valores y bienes constitucionales proclamados en la presente Ley."

Por último, son de trascendental importancia las medidas contenidas en el artículo 197, que desarrolla el régimen de las "Operaciones de restauración de la ordenación territorial y urbanística.", entre las que destacamos:

1. Las operaciones de restauración serán determinadas en la resolución del procedimiento de legalización o en la correspondiente orden de ejecución.

2. En la determinación de las operaciones de restauración se tendrán en cuenta los principios y valores consagrados en la LSOTEX.

3. Las operaciones de restauración serán de cuenta de los propietarios de los terrenos, inmuebles, usos o actividades, responsables de los mismos.

4. Transcurridos cuatro años desde la terminación de las obras o actuaciones la Administración no podrá ordenar la demolición de las edificaciones, instalaciones o construcciones derivadas de las mismas, que quedarán sujetas al régimen de fuera de ordenación.

5. El plazo de cuatro años a que se refiere el apartado anterior no rige para las parcelaciones que se realicen en suelo no urbanizable protegido ni para los actos de construcción, edificación o uso del suelo:

12. Ejecutados sin calificación previa, cuando ésta fuera preceptiva, y comunicación previa, licencia o autorización o contraviniendo las determinaciones de cualquiera de ellas, sobre terrenos calificados en el planeamiento como sistemas generales o clasificados como suelo no urbanizable de protección ambiental por la ordenación territorial y urbanística,

13. Ejecutados en dominio público o en las zonas de servidumbre del mismo, o

14. Que afecten a bienes catalogados o declarados de interés cultural en los términos de la legislación sobre el patrimonio histórico, cultural y artístico.

6. La no ejecución de las órdenes de restablecimiento de la realidad física de lugar a sucesivas multas coercitivas, así como el traslado del expediente de legalización al Ministerio Fiscal.

3º. Del contenido del escrito remitido por el Ayuntamiento se deduce que las obras y edificaciones cuya legalización se pretende se encuentran situadas en suelo no urbanizable, por lo que a lo establecido en los artículos 193 y 194, según se trate de actuaciones clandestinas o ilegales les será de aplicación el apartado 5 del artículo 197, salvo que sean actuaciones a las que no les sea exigible calificación urbanística conforme a los artículos 18 y siguientes de la LSOTEX. Sin perjuicio de que algún caso concreto dé lugar a matices de índole diversa, con carácter general se podrán producir las siguientes situaciones respecto de las construcciones a las que se alude en el escrito de petición de informe:

1. Obras de carácter clandestino: serán las realizadas sin contar con los correspondientes actos legitimadores previstos en la Ley (falta de la licencia o de la calificación y la licencia) o al margen o en contravención de dichos actos.

La falta de licencia solamente se va a producir en los supuestos en los que la calificación no es preceptiva, normalmente construcciones precisas "… para la utilización y explotación agrícola, ganadera, forestal, cinegética o análoga a la que estén efectivamente destinados, conforme a su naturaleza y mediante el empleo de

medios técnicos e instalaciones adecuados y ordinarios." (artículo 13.2.a de la LSOTEX, en relación con el apartado 1.1 del artículo 18.1), situadas en unidades rústicas aptas para la edificación (si la superficie de la parcela afectada es menor, es preceptiva la calificación urbanística). También, en los casos en que siendo preceptiva la calificación, ésta ha sido otorgada, pero no se ha concedido la preceptiva licencia. En ambos casos se tramitará la legalización, conforme al artículo 193 de la LSOTEX, y no procederá acordar la demolición de las construcciones si han trascurrido cuatro años desde la construcción, que quedarán fuera de ordenación.

El supuesto más frecuente será que falten ambos actos, la calificación y la licencia. En tales supuestos se tramitará la calificación y posteriormente la legalización de las obras de la manera expuesta, pero debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del artículo 197 de la LSOTEX, pudiendo ordenarse la demolición de construcciones, incluso aunque hayan transcurrido más de cuatro años desde su finalización.

2. Obras de carácter ilegal: serán las realizadas contraviniendo la ordenación territorial y urbanística, incluso aunque cuente con los actos legitimadores (licencia o, generalmente, calificación y licencia). Los supuestos más frecuentes serán: construcciones o uso de las mismas no permitidos expresamente por el planeamiento urbanístico en vigor, aquellas que excedan el volumen, la superficie o las alturas permitidas o que no guarden las distancias debidas, las realizadas parcelas de superficie inferior a la unidad mínima de cultivo, cuando las construcciones impliquen riesgo de constituir un núcleo de población, etc. En todos los casos será preceptiva la apertura del correspondiente procedimiento sancionador (artículo 194.1.a). Lo normal es que no sean legalizables, salvo que puedan ser adecuadas a lo permitido, y con carácter general procederá la demolición de las construcciones, si bien pudiera darse el caso que demoliciones parciales permitan su legalización.

3. Por último, puede resultar de interés hacer algún comentario adicional en relación con los supuestos aludidos de formación de pequeños núcleos de 10-12 viviendas, por si pudieran darse las condiciones propias de las urbanizaciones clandestinas o ilegales, cuyo régimen de regularización ha sido expresamente desarrollado por las disposición adicional quinta de la LSOTEX (añadida por la Ley 9/2010, de 18 de octubre), cuyo texto se reproduce a continuación:

"El planeamiento general municipal podrá regularizar la situación de las actuaciones urbanizadoras clandestinas o ilegales ejecutadas en suelo no urbanizable en contradicción o al margen de la legislación urbanística en vigor con anterioridad a la entrada en vigor de esta disposición adicional, con sujeción a las siguientes reglas:

1ª. Con carácter previo a la regularización, el Municipio deberá obtener de la Consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanística declaración de viabilidad de la actuación basada en criterios de sostenibilidad y de ordenación territorial.

Para la obtención de la declaración a que se refiere el párrafo anterior, el Municipio deberá aportar, como mínimo, una memoria descriptiva y justificativa de la actuación,

incluidos sus aspectos económico-financieros, planos de información y ordenación, y los informes sectoriales siguientes:

- El referido a la compatibilidad ambiental de la actuación, emitido por la Consejería con competencias en materia de medio ambiente.
- El referido al cambio de destino del suelo afectado, emitido por la Consejería con competencias en materia de agricultura.
- El referido a las infraestructuras, servicios y dotaciones públicas que requiera la implantación de la actuación, emitido por el propio Municipio.

2ª. La reclasificación de las superficies transformadas por las actuaciones a suelo urbanizable o urbano no consolidado, según proceda en función del grado de urbanización y edificación alcanzado, con sometimiento de las mismas al correspondiente régimen urbanístico del suelo e imposición de la ejecución de las obras oportunas.

3ª. La observancia en la ordenación de las superficies de que se trata de lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 80, salvo que el grado de consolidación por la edificación alcanzado haga dicho cumplimiento imposible o muy difícil, circunstancia que deberá acreditarse de forma suficiente y rigurosa. En este último supuesto, la entrega de suelo correspondiente a las dotaciones públicas y reservas de suelo preceptivas podrán sustituirse por el pago de su valor en metálico, según los criterios de valoración legalmente establecidos. Los Ayuntamientos estarán obligados a destinar los fondos así obtenidos a la adquisición del suelo preciso para las dotaciones públicas necesarias, pudiendo ubicarse fuera del ámbito de actuación.

4ª. La regularización no podrá implicar o tener por consecuencia, en ningún caso, la exención total o parcial de los propietarios de las superficies objeto de aquélla de deber o carga legales algunos según la clasificación de que sean objeto los terrenos, así como tampoco del deber de obtener licencia municipal para la legalización de las edificaciones ya construidas al tiempo de la regularización.

5ª. Para el mantenimiento de la urbanización y restantes dotaciones públicas de las actuaciones objeto de regularización, deberá constituirse en todos los casos, una vez ejecutadas las obras derivadas de dicha regularización, la pertinente entidad urbanística de conservación, que integrará con carácter forzoso a todos los propietarios afectados. Los Ayuntamientos no podrán asumir su mantenimiento sino tras haber transcurridos diez años desde la constitución de las correspondientes entidades urbanísticas de conservación."

4º. Por lo que respecta al eventual procedimiento sancionador que, como se ha dicho, es preceptivo en los supuestos de legalización de obras ilegales, debe advertirse que la LSOTEX distingue dos tipos de infracciones, en función de la materia: de un lado, el artículo 198 regula las infracciones urbanísticas de régimen general; en tanto que los artículos 207 a 210 regulan las infracciones de régimen específico en materia de gestión urbanística, de parcelación, de edificación y de medio ambiente, cultural y natural.

El régimen general de sanciones se regula por el artículo 199 LSOTEX que prevé que las infracciones urbanísticas puedan sancionarse con:

1. Multa.
2. Inhabilitación para ser adjudicatario de actuaciones edificatorias o rehabilitadoras en sustitución del propietario o desarrollar actividades con relevancia urbanística.
3. Publicidad de la infracción, sanción y medidas de legalización.
4. Decomiso del beneficio.
5. Expropiación de los terrenos, edificaciones, instalaciones o construcciones resultantes de la infracción.

Con carácter general procederá la multa al disponer el artículo 206.1 que "Las multas por infracciones se imponen con independencia de las demás medidas previstas en esta Ley.", pero debe advertirse que la LSOTEX, cuantifica las multas en la unidad monetaria anterior (la peseta) y que establece una medida de cambio específica, distinta de la general fijada para todo el Estado (conforme a la disposición adicional segunda, la regla de conversión es de sesenta euros por cada diez mil pesetas). Su importe se determinará en función de la calificación que merezca la infracción y su graduación se realizará, conforme al artículo 204, en atención a la existencia de las circunstancias agravantes o atenuantes que así mismo se establecen en dicho precepto. Si el promotor instala legalización de la actuación antes de la resolución del expediente sancionador ("… de expropiación" dice literalmente la Ley), puede solicitar el archivo del expediente mediante el pago del 25 por 100 del importe de la multa propuesta en el expediente sancionador (artículo 206.3 de la LSOTEX).

Mayor interés que la eventual sanción tiene lo dispuesto en el citado el artículo 197, debiendo determinarse, en su caso, las operaciones de restauración de la ordenación territorial y urbanística que procedan y si se ejecutan por el infractor dentro del plazo establecido al efecto la multa se reduce en un 75 por 100 (artículo 206.4 de la LSOTEX).

Por lo que respecta a los sujetos responsables, el artículo 200 de la LSOTEX distingue, las obras sin licencia o con inobservancia de las condiciones de la obtenida, para los que señala como sujetos responsables al promotor, al empresario de las obras y al técnico director de las mismas, de las obras amparadas por acto legitimador. Ante la existencia de una pluralidad de responsables, el artículo 206.2 contempla la posibilidad de imposición de una multa a cada uno de los distintos responsables, por una misma infracción.

En materia de procedimiento, se aplicará la normativa de carácter básico contenida en la LRJPAC y en el RPSJEX, al tratarse de una materia de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Sin perjuicio de que el Ayuntamiento tramite el eventual expediente sancionador/es a través del Servicio de Asistencia Urbanística (Área de Fomento) de esta Diputación si lo hubiere suscrito el correspondiente convenio recientemente implantado.

Badajoz, julio de 2011.

Posible modificación de acuerdo reduciendo canon por calificación urbanística e Impuesto de Construcciones, Instalaciones y Obras de por instalación de Planta Fotovoltaica

ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

Con fecha XX 2010, tiene entrada en este Servicio escrito del Ayuntamiento de XX, mediante el que se solicita informe sobre "... sobre la posibilidad de modificación del acuerdo que se adoptó referente al cobro del canon y el ICIO para la instalación de planta fotovoltaica ..."

Junto con la solicitud se acompaña diversa documentación relacionada con la instalación de de una Planta Fotovoltaica de 2 Mw., entre la que se incluyen los documentos de interés que se reseña a continuación:

Certificación del acuerdo de XX 2007, que se pretende modificar, cuyo apartado primero se transcribe a continuación:"Primero.- Aceptar la propuesta de satisfacer un canon sustitutivo de la cesión gratuita de terreno que establece el artículo 27.1.4 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura, en concepto de participación en el aprovechamiento urbanístico por la instalación fotovoltaica de 2 mw. para la conexión a la Red, en la parcela nº X del polígono X y parcela X del polígono X, de este término municipal, por importe de XX euros, resultado de aplicar el 2 por 100 al importe total de la obra civil de la planta que es de XX euros."

Resolución de XXX 2008, de la Dirección General de Urbanismo y Ordenación del Territorio de la Consejería de Fomento de la Junta de Extremadura, mediante la que se otorga la calificación.

Resolución de XX 2008, de la Dirección General de Urbanismo y Ordenación del Territorio de la Consejería de Fomento de la Junta de Extremadura, mediante la que se autoriza el cambio de titularidad de la calificación urbanística anterior.

Liquidaciones practicadas a ENERGÍAS RENOVABLES XX S.L., con fecha XX 2008, por importes de XXX

FONDO DEL ASUNTO.

1º. El denominado canon por calificación urbanística viene regulado por los artículos 18.2 y 27.1.4 de la LSOTEX, de los que podemos extraer las siguientes conclusiones:

- El municipio tiene la prerrogativa de optar por la satisfacción del canon mediante la cesión de suelo o el pago en metálico.
- Si el Municipio opta por la exigencia del canon, el importe mínimo del mismo será del 2 por 100 del importe total de la inversión prevista.

En cuanto a la expresión "importe total de la inversión" a efectos de fijar la cuantía del canon urbanístico, debe comprender todas aquellas partidas que se incluyan en el proyecto que se someta al órgano competente para que se pronuncie sobre el otorgamiento de la calificación, que supongan un uso del suelo: por supuesto la obra civil, pero además las instalaciones fijas, honorarios de redacción de proyectos, gastos generales y beneficio industrial, y referidos tanto a la ejecución de la obra como a la implantación de la actividad, debiendo excluirse solamente los elementos móviles que no suponen uso de suelo para los que no se solicitó la calificación. El Ayuntamiento a los efectos de la fijación del importe del canon, tendrá que proceder a la práctica de la pertinente liquidación, realizando al menos las siguientes operaciones de control y comprobación: 1º, que están incluidas todas las partidas precisas para la ejecución de la obra e implantación de la actividad; 2º, que cada una de las partidas contiene la totalidad de las unidades; y 3º, que el precio de cada unidad está dentro del precio normal del mercado en el momento de practicarse la liquidación.

Del contenido del acuerdo se deduce que el Ayuntamiento ha aceptado la propuesta realizada y ha optado por la satisfacción en metálico, determinando su importe como liquidación provisional a cuenta en el 2 por 100 del importe total de la obra civil, elemento este último que no coincide con el previsto al efecto por la LSOTEX, que señala como base sobre la que se liquidará el canon el importe total de la inversión prevista, concepto en el que además de la obra civil los ya citados. Y ello porque pretender cosa distinta -en concreto, el carácter definitivo de la liquidación de 19/07/2007- viciaría indefectiblemente el referido acuerdo, por cuanto el Ayuntamiento carece de competencias para determinar una base liquidable distinta a la prevista en la Ley (artículo 9.1 de la CE, "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.")

Abundando en relación con las partidas que deban incluirse en la determinación, parece de interés traer a colación las novedades que aportan dos importantes y recientes sentencias: la primera de ellas del Tribunal Supremo, en tanto que la segunda ha sido dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

De un lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2010, dictada en recurso de casación en interés de ley ha fijado la siguiente doctrina legal: "Forma parte de la base imponible del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, regulado en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo , en el supuesto de instalación de parques eólicos el coste de todos los elementos necesarios para la captación de la energía que figuren en el proyecto para el que se solicita la licencia de obras y carezcan de singularidad o identidad propia respecto de la construcción realizada". Esta doctrina tiene especial relevancia, porque como recoge la propia

Sentencia "El recurso de casación en interés de la ley, regulado en el artículo. 100 de la Ley 29/98, de 13 de julio, está concebido en defensa de la recta interpretación del Ordenamiento Jurídico y constituye un remedio extraordinario y último de que disponen las Administraciones Públicas y, en general, las Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo, para evitar que sentencias que se estimen erróneas y que puedan comprometer y dañar gravemente el interés general, más allá del caso resuelto definitivamente por las mismas con fuerza de cosa juzgada material, perpetúen o multipliquen sus negativos efectos en el futuro, ante la posibilidad de reiteración o repetición de su desviada doctrina." Por lo que atañe al caso que nos interesa su interés es indudable, ya que la base imponible del impuesto, conforme a lo establecido en el artículo 102.1 del TRLRHL "... está constituida por el coste real y efectivo de la construcción, instalación u obra, y se entiende por tal, a estos efectos, el coste de ejecución material de aquélla." Siendo un concepto más amplio el "importe total de la inversión", que conforma la base a efectos de cuantificar el importe en metálico del canon por calificación urbanística, es obvio que en éste deben incluirse también los elementos necesarios para la captación de la energía que figuren en el proyecto para el que se solicita la licencia de obras y carezcan de singularidad o identidad propia respecto de la construcción realizada.

De otro lado, el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en Sentencia nº 174, de 15 de junio de 2010, se ha pronunciado por primera vez en relación con el canon por calificación urbanístico regulado por la LSOTEX. La Sentencia resuelve el recurso interpuesto en relación con liquidaciones del ICIO y del canon por calificación urbanística. Por lo que respecta al ICIO, coincidiendo plenamente con el criterio del Tribunal Supremo, concluye que "… para analizar si una determinada partida de maquinaria o instalaciones debe incluirse en la base imponible del ICIO deberá tenerse en cuenta no sólo si se cumple el requisito de necesariedad para la ejecución de la obra, sino también si se trata de elementos que dotan a la obra de las características básicas para su funcionamiento y además que sean esenciales para que pueda utilizarse, … En el caso que nos ocupa, los paneles, inversores y seguidores solares son maquinaria o instalaciones que se colocan o instalan como elementos inseparables de la obra se instalan en el suelo y son integrantes del mismo proyecto que sirvió para solicitar y obtener la correspondiente licencia y se integran en el conjunto constructivo como un todo, … De ahí que su coste forme parte de la base imponible del ICIO …" Como se ha dicho trata por primera vez el canon por calificación urbanística, para analizar su naturaleza y el mismo concepto de "importe total de la inversión". En relación con la naturaleza del canon señala que "El canon se constituye como una obligación impuesta a todo promotor si quiere obtener la posibilidad de realizar la instalación o el uso que se autoriza en este tipo de terrenos; y dado que esa actividad que despliega la Administración es de naturaleza pública, deberá concluirse que nos encontramos con ingresos de esa naturaleza; …" Por que se refiere al concepto de "importe total de la inversión", lo acota determinando que incluye todos los costes a excepción del IVA: "… interpretar lo que la Ley quiere significar al expresar

el coste total de la inversión, habrá de hacerse desde el punto de vista de la prestación que acabamos de definir, y ciertamente el IVA es un tributo, no es un mero coste de inversión, y fundamentalmente por analogía con lo que ocurre con el ICIO, impuesto del que deriva la imposición del canon que nos ocupa, habrá que entender que no debe incluirse el IVA en su cálculo como coste de inversión."

2º. Por lo que respecta al devengo del canon, son de aplicación las reglas contenidas en el apartado 1.4 del artículo 27 de la LSOTEX, de las que se concluye que el derecho del municipio a exigirlo nace con la calificación, acto mediante el que se ha atribuido al promotor unos aprovechamientos inexistentes hasta entonces, de los que participará la comunidad mediante la cesión gratuita de terrenos o el pago del canon. Del mismo modo que con la calificación nace para el promotor el derecho a obtener la licencia, que inexorablemente la obtendrá siempre que la edificación o uso pretendido no sea incompatible con el planeamiento general del municipio, será a partir de ese momento cuando el Municipio podrá practicar y trasladar al interesado la correspondiente liquidación, con arreglo al régimen previsto en el artículo 2.2 del TRLRHL. Será por tanto el documento de otorgamiento de la calificación el determinante para establecer los restantes elementos del canon: 1, la fecha de devengo y su eventual prescripción por el transcurso del tiempo; y 2, el sujeto, que no será otro que el titular del aprovechamiento que otorga la calificación. En cuanto a lo que se refiere al devengo y al sujeto pasivo del ICIO se estará a lo dispuesto en el TRLRHL, respectivamente, en sus artículos 102.4, "4. El impuesto se devenga en el momento de iniciarse la construcción, instalación u obra, aun cuando no se haya obtenido la correspondiente licencia.", y 101.1, "1. Son sujetos pasivos de este impuesto, a título de contribuyentes, las personas físicas, personas jurídicas o entidades del artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que sean dueños de la construcción, instalación u obra, sean o no propietarios del inmueble sobre el que se realice aquélla."

3º. A la vista de los antecedentes reseñados, el Ayuntamiento está en condiciones de practicar las correspondientes liquidaciones complementarias tanto por el canon por calificación urbanística como por el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras, en las que se incluyan en sus respectivas bases el coste de todos los elementos necesarios para la captación de la energía o cualquier otra partida no tenida en cuenta anteriormente, por cuanto, conforme a lo dispuesto en los artículos 66 y 67 de la LGT, no han prescrito los derechos de la Administración para determinar la deuda mediante las correspondientes liquidaciones ni para exigir su pago. Para ello, debe tener en cuenta las siguientes consideraciones:

21. La determinación del importe de la liquidación del canon por calificación urbanística se realizará aplicando el tipo del 2 por 100 (pese a que es el tipo mínimo será este el que tenga que aplicar el Ayuntamiento, salvo que en el momento del devengo tuviera otro distinto en vigor) al coste total de la inversión (se reitera que no debe incluirse el IVA).

22. El importe de la liquidación del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras será determinado por la aplicación del tipo de gravamen previsto por la

ordenanza correspondiente (se recuerda que en aplicación del artículo 59.2 del TRLRHL es potestativo) a la base imponible "… constituida por el coste real y efectivo de la construcción, instalación u obra, y se entiende por tal, a estos efectos, el coste de ejecución material de aquélla." (artículo 102.1 del TRLRHL).

23. En uno y otro caso procederá reducir el importe de las cantidades ya abonadas como consecuencia de las liquidaciones practicadas con fecha _____2008.

Badajoz, febrero de 2011.

Procedimiento para declarar de interés social una fábrica de arroz vaporizado que se pretende instalar en las inmediaciones de la Entidad.

ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha XX de junio de 2011, tiene entrada en la Oficialía Mayor escrito del Ayuntamiento de la ELM de XX, mediante el que se solicita informe sobre el procedimiento para declarar de interés social una fábrica de arroz vaporizado que se pretende instalar en las inmediaciones de la Entidad.
- Posteriormente, se informa verbalmente a este funcionario sobre la existencia de una delimitación de la zona de influencia de la ELM de XX, dentro de la que se establecería la pretendida fábrica de arroz vaporizado.
- Finalmente, con fecha XX agosto de 2011, se remite vía fax un amplio y detallado documento denominado "Informe de Compatibilidad Urbanística", para la "Instalación de un Centro Tecnológico Industrial del Arroz", redactado por el Arquitecto Asesor de la ELM siguiendo "… las especificaciones definidas en el artículo 7 del Decreto 81/2011, y deberá determinar motivadamente la compatibilidad o no de la instalación proyectada con la normativa y el planeamiento municipal, …" (primer párrafo del apartado 4), en el que se concluye que "… se puede interpretar que las instalaciones definidas en el proyecto de CENTRO TECNOLÓGICO INDUSTRIAL DEL ARROZ será incompatible con el planeamiento urbanístico siempre que su uso y actividad se DECLARE DE INTERÉS PÚBLICO O SOCIAL POR LA ELM DE XXX." (primer párrafo del apartado 4.5).

FONDO DEL ASUNTO.

1º. El artículo 25.2 de la LBRL dispone que "2. El Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: … d. Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; …", y la luz de la remisión que el precepto transcrito hace a la legislación de las Comunidades Autónomas, debe analizarse el contenido de la legislación extremeña tanto en materia de entidades locales menores como en materia urbanística. Por lo que respecta a la LMELMEX, el artículo 71.1, con alguna especificación concreta, atribuye a las ELM las mismas potestades y prerrogativas que a los Municipios, excepto la de planeamiento urbanístico, en tanto que el artículo 72.2

relaciona una serie de competencias que podrán ser asumidas por las ELM, entre las que se incluyen las de "La concesión de licencias de obras de construcción, edificación e instalación, así como inspección de los actos, operaciones y actividades de transformación, utilización, aprovechamiento o uso del suelo." En otro orden, la LSOTEX no hace ni una sola mención a las ELM, convirtiendo en verdadero protagonista de la actividad urbanística al Municipio a lo largo de todo su articulado, estableciendo las bases de sus atribuciones en el artículo 2, al determinar que "1. La actividad de ordenación territorial y urbanística es una función pública de organización, dirección y control de la ocupación y utilización del suelo, así como de su transformación mediante la urbanización y la edificación, que corresponde, en sus respectivas esferas de competencia, a la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura y los Municipios de la misma …"

Por las razones expuestas, este funcionario considera que la eventual declaración de interés público o social del Centro Tecnológico Industrial del Arroz no corresponde a la ELM sino al municipio matriz. Además, debe señalarse que la ELM carece de término municipal, por lo que al estar fuera del casco de la población carece de atribuciones incluso para el otorgamiento de la preceptiva licencia y, por supuesto, para la calificación urbanística, ya que al estar situado el centro en Suelo no urbanizable de Protección Estructural Agropecuaria (según el planeamiento vigente) y Suelo no urbanizable de Protección Agropecuaria (según el planeamiento en revisión) la competencia para su concesión corresponde a corresponde a la Consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanística, según exige el artículo 26.1.2.b) de la LSOTEX. Todo ello sin perjuicio de que el Ayuntamiento matriz haya podido delegar en la ELM estas atribuciones para que sean ejercitadas en la zona de influencia a la que se ha aludido en los antecedentes.

Hechas las consideraciones anteriores, nada parece impedir en principio que la ELM realice la declaración de interés público o social del Centro Tecnológico Industrial del Arroz. Cosa distinta es la eficacia que comporte tal declaración que, en todo caso, será apreciada o no por el Ayuntamiento matriz que, si la entiende bastante, estaría en condiciones de otorgar la correspondiente licencia, previa la tramitación a que haya lugar. Si no es así, se insiste, el procedimiento penderá de que éste acceda a tal declaración.

2º. Por lo que respecta a la declaración en sí, a salvo de que PGOU de Don Benito exija un procedimiento distinto, podría tramitarse conforme a lo dispuesto en el artículo 44.2 del RGU. Con tal finalidad debe instarse por el promotor haciendo constar los extremos aludidos en el apartado 2.1 del precepto citado. Recibida la solicitud debe ser informada por el Ayuntamiento que la elevará a la Comisión Provincial de Urbanismo (órgano que ha sido sustituido por la Comisión Regional de Urbanismo que fue creada por el Decreto 136/1989, de 5 de diciembre). Es el Decreto 187/1995, de 14 de noviembre, la norma que atribuye expresamente dicha competencia a la Comisión Regional en el artículo 6.2.d), en los siguientes términos: "2. Como órgano ejecutivo le competen la adopción de las siguientes resoluciones: … d) Autorización en suelo no urbanizable, previo anuncio del trámite de información pública durante

veinte días en el Diario Oficial de Extremadura, mediante la adopción de la resolución definitiva del correspondiente procedimiento, relativa a las edificaciones e instalaciones de utilidad pública o interés social que hayan de emplazarse en el medio rural, así como de los edificios aislados destinados a vivienda familiar, en lugares en los que no exista posibilidad de formación de núcleo de población (artículo 16.3,2a LS).", trascurrido el período de información pública (regulado con plazo distinto – quince días- en el artículo 44.2 del RGU) la Comisión adoptará la resolución definitiva que proceda.

Exige el apartado 2.4 del artículo 44 del RGU que en la resolución se valore "… la utilidad pública o interés social de la edificación o instalación, junto dicha utilidad o interés no venga atribuida por aplicación de su legislación especifica, así como las razones que determinen la necesidad de emplazarse en el medio rural…" En este sentido, es importante la motivación que se realice desde tanto por el promotor como por el Ayuntamiento, que debe tener en cuenta que, pese a que la utilidad pública o el interés social son conceptos jurídicos indeterminados (además de no coincidentes con lo que exige el PGOU en revisión que se refiere a interés público, quizá como aglutinador de ambos), que dan lugar a que la administración actúe con carácter discrecional al otorgar tal declaración, "…ello no le exime de aportar el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica adecuada a la legalidad …" (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1985), asimismo en sentencia de 24 de junio de 1992 dispone que "… no puede la creación de nuevos puestos de trabajo superponerse a los valores medioambientales, históricos, paisajísticos y convivenciales …" y, por último, en su sentencia de 23 de diciembre de 1996, partiendo del carácter restrictivo que ha de darse a la interpretación del interés social señala que "… el interés social o utilidad pública no puede identificarse sin más con cualquier actividad industrial, comercial o negocial de la que se derive la satisfacción de una necesidad de los ciudadanos con la contraprestación de un lícito lucro o ganancia ..."

Finalmente, por lo que respecta al órgano competente en el ámbito local para informar la petición, el tan citado artículo 44.2 del RGU no indica nada al respecto, limitándose a señalar que "El Ayuntamiento informará la petición …" Al respecto puede ser de interés lo previsto en el artículo 92.1.b) de la LSOTEX que atribuye al Ayuntamiento Pleno la decisión para usos declarados de interés público a los efectos de determinar el destino de los bienes del patrimonio municipal del suelo y en términos similares el artículo 93.b), en relación con la disposición de dichos bienes. Por ello, debería ser el órgano colegiado (Ayuntamiento Pleno en el Municipio o Junta Vecinal en la ELM) el que informara la petición.

Badajoz, julio de 2011

Problemas con una Estación Base de Telefonía Móvil, instalada en la terraza de una vivienda ubicada en el núcleo urbano de la localidad.

ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha X de marzo de 2011, tiene entrada en este Servicio escrito del Ayuntamiento de XX, en relación con una Estación Base de Telefonía Móvil, instalada en la terraza de una vivienda de la localidad, en base la licencia de obras concedida por el Ayuntamiento, con fecha XX de abril de 2000, y se solicita informe sobre las cuestiones que se relacionan a continuación:

"1. ¿Debió tramitar el Ayuntamiento. Licencia de Actividad Clasificada?

2. Al concederle licencia de obras, ¿se le concedió Licencia de Actividad?

3. Con los datos expuestos: concesión de licencia de obras, e informe favorable de la Jefatura Provincial de Inspección de Telecomunicaciones de Badajoz, ¿podría el Ayuntamiento. decretar la clausura de la Actividad?

4. Por carecer hoy en día de Licencia de Actividad, ¿podría el Ayuntamiento. decretar la clausura de la Actividad? ¿Debería iniciar con carácter previo expediente de legalización?

5. De no ser legalizable, ¿consideran que el Ayuntamiento podría incurrir en un caso de responsabilidad patrimonial exigible?

6. De ser legalizable, ¿sería justificable diferenciar entre las dos empresas implicadas, una por tener la actividad en funcionamiento y otra por ser de nueva implantación?

7. Me podría indicar con los datos aportados, ¿cuál debe ser el proceder correcto del Ayuntamiento?"

FONDO DEL ASUNTO.

1º. ¿Debió tramitar el Ayuntamiento. Licencia de Actividad Clasificada?

Debe señalarse en primer término que, a la luz del nomenclator que incorpora el RAC, la actividad de Estación Base de Telefonía Móvil, no aparece en el mismo, lo cual es normal si tenemos en cuenta que el Reglamento data del año 1961, fecha en la que no había el menor atisbo de la futura existencia del fenómeno de la telefonía móvil y su incidencia en la sociedad actual. Igualmente, debe tenerse en cuenta que el nomenclator no clasifica e incorpora una relación exhaustiva y cerrada de actividades, según prevé el artículo 2, "Quedan sometidas a las prescripciones de este Reglamento, en la medida que a cada una corrresponda, todas aquellas

actividades que a los efectos del mismo sean calificadas como molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, de acuerdo con las definiciones que figuran en los artículos siguientes e independientemente de que consten o no en el nomenclátor anejo, que no tiene carácter limitativo.", por lo cual nada impediría tramitar una licencia como actividad clasificada, pese a no estar incluida. Bastaría a simple vista con relacionarla con cualquiera de la existentes, pero tras realizar una revisión pormenorizada del nomenclator no se detecta ninguna actividad ya clasificada que tenga una naturaleza similar a la Estación Base de Telefonía Móvil. No obstante, no parece que sea este el único camino que pueda seguirse al respecto, habida cuenta el carácter dinámico de todo lo relacionado con las nuevas tecnologías. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en su Sentencia 1965/2008, de 29 diciembre, se ha pronunciado en los siguientes términos:

"A la vista del Nomenclátor de Actividades Calificadas que contiene el Decreto Estatal Decreto 2414/1961 y Decreto Autonómico 54/1990 se hace difícil pensar en una actividad que no venga incluida dentro del Nomenclátor, ahora bien, tanto la legislación estatal en el artículo. 2 como el artículo. 1 de la Ley 3/1989 establecen que no tiene carácter limitativo, por tanto, lo que determina la necesidad de obtener licencia de actividad es el hecho de que pueda calificarse una actividad como molesta, insalubre, nociva o peligrosa.

Ahora bien, no se trata de la inclusión de actividades como calificadas en base a meros informes genéricos. Cuando nos encontramos con una actividad verdaderamente nueva no incluida en nomenclátor la labor de un Ayuntamiento para llevar a cabo la inclusión será, en primer lugar, elaborar un informe siguiendo las pautas del Anexo I del Decreto Autonómico 54/1990 y examinar si debe ser "actividad Calificada" por molesta, nociva, insalubre o peligrosa, en segundo lugar, establecer en función del punto anterior los posibles grados de molestia, nocividad, insalubridad o peligrosidad, en tercer lugar, con base en el punto anterior determinar las medidas correctoras conforme al Anexo II del Decreto 54/1990 y, en cuarto lugar, cuando pase a informe de la Comisión Provincial de Actividades Calificadas de aceptar los tres puntos anteriores deberá remitirlo a la Autoridad Competente para que la incluya en el nomenclátor y no se de la paradoja que una actividad sea calificada en un municipio y en otro no le sea o siendo calificada en los diversos municipios estén dándole clasificaciones diversas y adoptando o exigiendo medidas correctoras diferentes, el principio de Seguridad Jurídica recogido en el artículo. 9 de la Constitución (RCL 1978, 2836) exige coherencia en el punto examinado."

Es evidente que no fue la voluntad del Ayuntamiento tramitar la licencia por el referido procedimiento y a la luz de lo expuesto parece que tenía argumentos para ello, sobre todo porque la licencia se otorga a la vista del informe técnico, que como se asegura en el escrito del Ayuntamiento fue emitido con carácter favorable con fecha, 13 de abril de 2000.

A mayor abundamiento, debe señalarse que la norma vigente en la materia en el momento del otorgamiento era el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de

26 de junio y el RDU, estableciendo el apartado 12 del artículo de esta última norma (que es precepto aplicable por la remisión a la normativa urbanística que hace el artículo 242.3 del Texto Refundido citado en primer término) que: "Estarán sujetos a previa licencia, sin perjuicio de las autorizaciones que fueren procedentes con arreglo a la legislación específica aplicable, los siguientes actos: … 12. El uso del vuelo sobre las edificaciones e instalaciones de todas clases existentes." Esa licencia no puede ser otra que la licencia urbanística y las autorizaciones serán las que deba otorgar el órgano competente en la materia, que en este caso, es la de utilización del dominio público radioeléctrico y la de las telecomunicaciones. En este sentido, los artículos 82, 84 , y Disposición Transitoria 11 de la entonces vigente LGT, atribuyen la inspección y control a Estado, y el RDPRE, añade además el régimen sancionador como competencia del Estado, sin perjuicio de la cooperación y coordinación con las Comunidades Autónomas , que recoge el propio Reglamento para los aspectos técnico y sanitario. En la actualidad esa competencia sigue detentándola el Estado, de conformidad con los artículos 43 y siguientes de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, que, como se ha dicho, derogó la práctica totalidad de la LGT.

2º. Al concederle licencia de obras, ¿se le concedió Licencia de Actividad?

Es casi unánime la doctrina que entiende que con el otorgamiento de la licencia de obras que especifica un uso o actividad concretos, debe tramitarse con carácter previo la licencia de actividad. En la práctica, lo que supone es que debe indagarse primero si esos usos o actividad son susceptibles de llevarlos a cabo en el emplazamiento propuesto. Si el uso o actividad están permitidos se tramitará la licencia de obras que se obtendrá o no en función de que la obra que se pretende ejecutar sea o no conforme con la ordenación territorial y urbanística; caso contrario, si el uso o actividad no están permitidos, se denegará la licencia de instalación, resultando improcedente la tramitación de la licencia de obras. Ello es así, porque la licencia de obras otorga a su titular la facultad para edificar, de manera que si realizada la inversión en la edificación (normalmente cuantiosa) para realizar en el futuro una concreta actividad y no puede llevarla a cabo por la existencia de condicionantes de otro orden que lo impiden, se le habría ocasionado un perjuicio económico que seguramente hubiera sido evitable.

Con todo, lo expuesto hasta ahora no quiere decir en modo alguno que, otorgada la licencia de obras, debe entenderse de facto que se ha obtenido la licencia de actividad. De los antecedentes aportados se desprende que la licencia tramitada es urbanística, porque urbanístico es el informe que emite, con fecha 13/04/2000, el Arquitecto Técnico Municipal.

3º. Con los datos expuestos: concesión de licencia de obras, e informe favorable de la Jefatura Provincial de Inspección de Telecomunicaciones de Badajoz, ¿podría el Ayuntamiento. decretar la clausura de la Actividad?

El RSCL contiene las disposiciones que se reproducen a continuación, que son de aplicación para el supuesto que se plantea:

- Artículo 12.1, "Las autorizaciones y licencias se entenderán otorgadas salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero."

- Artículo 15.1, “Las licencias relativas a las condiciones de una obra o instalación tendrán vigencia mientras subsistan aquéllas.”
- Artículo 16.1, “Las licencias quedarán sin efecto si se incumplieren las condiciones a que estuvieren subordinadas, y deberán ser revocadas cuando desaparecieran las circunstancias que motivaron su otorgamiento o sobrevinieran otras que, de haber existido a la sazón, habrían justificado la denegación y podrán serlo cuando se adoptaren nuevos criterios de apreciación.”

Del las reglas recogidas en los preceptos transcritos, se evidencia que la licencia no es una institución cerrada, sobre la que, una vez concedida, no cabe actuación posterior de clase alguna. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que no deben deparar perjuicio para terceros, que sobrepasen el límite de lo normalmente soportable, de manera tal que, adoptadas las medidas de corrección propuestas en el proyecto sobre el que se sustenta la licencia, así como las propuestas por el acuerdo de concesión, si estas en su conjunto se mostraran ineficientes deben adoptarse y ponerse en práctica las medidas adicionales a que haya lugar, ese es precisamente el significado que tienen los dos primeros preceptos transcritos. Además, se podrán revocar si aparecen nuevas circunstancias o se adoptan nuevos criterios en relación con el uso o actividad amparado por la licencia.

Lo expuesto en modo alguno faculta sin más a la clausura de la actividad. Es más, la materia está hoy en día fuertemente influida por la Directiva 2006/123/CE que consagra los principios de “in dubio pro apertura” y “favor libertatis”. Estos principios han sido transpuesto en nuestro ordenamiento por medio de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en el ámbito estatal, y por la Ley 12/2010, de 16 de noviembre, de Impulso al Nacimiento y Consolidación de Empresas en la Comunidad Autónoma de Extremadura (la citada LINCE), en el autonómico.

4º. Por carecer hoy en día de Licencia de Actividad, ¿podría el Ahíto. decretar la clausura de la Actividad? ¿Debería iniciar con carácter previo expediente de legalización?

En nuestra Comunidad Autónoma, la normativa específicamente aplicable se encuentra en la Ley de prevención y calidad ambienta y en el Decreto sobre actividades clasificadas de pequeño impacto. La propia LPCAEX, en la Disposición Adicional Tercera, determina la inaplicación del RAC, si bien pudiera tener aplicación transitoria en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera, que es precisamente la que remite asimismo al DACPIEX. Hay que determinar por tanto si es la Ley, y con ella el RAC, la norma aplicable o, si por el contrario, lo es el Decreto. La solución se encuentra en el nomenclator de una y otra norma y ambas contemplan la actividad:

15. LPCAEX:

16. ANEXO VII. Actividades sometidas a comunicación ambiental. GRUPO 4. Otras actividades. 4.2. Instalaciones de antenas de comunicación en suelo urbanizable o subestaciones de energía eléctrica.

17. ANEXO VI. Actividades sometidas a autorización ambiental unificada. GRUPO 10. Otras Actividades. 10.6. Cualquier actividad que a juicio de la Consejería competente en materia de medio ambiente, tenga una incidencia ambiental importante y no esté recogida expresamente en los Anexos V y VI. (aplicable para las instalaciones en suelo no urbanizable)
18. DACPIEX:
19. ANEXO ÚNICO. GRUPO 4. Otras actividades. 4.2. Instalaciones de antenas de comunicación o centros de transformación de energía eléctrica.

La redacción no ofrece lugar a dudas, las instalaciones de antenas de comunicación en suelo urbano seguirán el procedimiento abreviado previsto en el DACPIEX, en tanto que aquéllas cuya instalación se pretenda en suelo urbanizable o suelo no urbanizable habrán de seguir los procedimientos, más agravados, previstos en la LPCAEX para las actividades sometidas a comunicación ambiental o de actividades sometidas a autorización ambiental unificada, respectivamente. En nuestro caso, dado que la antena se ubica en suelo urbano, como recoge el informe del Arquitecto Técnico Municipal de 13/04/2000, a la actividad le es aplicable el régimen de las actividades clasificadas de pequeño impacto en el medio ambiente, por lo que desde su entrada en vigor el Ayuntamiento está en condiciones de exigir al titular de la antena la tramitación de la licencia de actividad. Si llegado el caso no hubiera lugar a la concesión de la licencia por no reunir los requisitos y condiciones establecidos en dicha norma o resultar insalvables las medidas correctoras propuestas, el Ayuntamiento estaría en condiciones de denegar la licencia y ordenar el cese de la actividad. No obstante, se advierte que la actividad revisora de la Administración, está limitada conforme al artículo 106 de la LRJPAC que dispone: “Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.”

5º. De no ser legalizable, ¿consideran que el Ayuntamiento podría incurrir en un caso de responsabilidad patrimonial exigible?

En opinión de este funcionario, por los argumentos expuestos en el apartado 2º de este informe, le va a resultar al Ayuntamiento muy difícil eludir esa responsabilidad patrimonial, por cuanto concedió una licencia de obras que especificaba un uso o actividad concreto. Además está el límite de la actividad revisora de la Administración al que se ha aludido al final del apartado anterior. La norma que regula la responsabilidad patrimonial, artículo 139.1 de la LRJPAC, establece: “1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.”, por lo que si en el eventual procedimiento el Ayuntamiento consigue demostrar que el daño patrimonial no es consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios público, podrá eludir esa responsabilidad patrimonial, si no es así tendrá que responder por ella.

6º. De ser legalizable, ¿sería justificable diferenciar entre las dos empresas implicadas, una por tener la actividad en funcionamiento y otra por ser de nueva implantación?

Del contenido del informe del Arquitecto Técnico Municipal de 14 de enero de 2011, se deduce que se está informando la licencia de obras, por lo que debe ser asimismo en términos urbanísticos en los que se establezca la comparación, además deben compararse situaciones similares y del informe citado se deduce que la nueva instalación se pretende llevar a cabo en suelo urbanizable o no urbanizable, en tanto que la anterior lo fue para suelo urbano.

Analizando la situación desde la perspectiva urbanística, que es precisamente el ámbito en el que las competencias municipales tienen mayor proyección, conforme a los artículos 26.2.d) de la LBRL y 2.1 de la LSOTEX, se pueden dar situaciones diversas: 1, puede haberse producido una modificación en el planeamiento de manera que haya incorporado condicionantes que antes no figuraban en el mismo, que no permitan actualmente usos que antes sí estaban consentidos; 2, Los distintos tipos de suelo pueden dar lugar a distintos tratamientos de manera que estén autorizados usos y actividades distintos para cada clase de suelo; 3, que la licencia que se otorgó en su momento fue informada favorablemente por error; 4, incluso que la licencia ahora solicitada se informa desfavorablemente por error; etc. Estas situaciones deben resolverse desde esa perspectiva urbanística, con las instituciones que le son propias. Algunas de las posibilidades apuntadas justifican por si mismas la diferencia de trato entre una y otra solicitud, tal sería el caso de las dos primeras. Por lo que respecta a la tercera hipótesis, habida cuenta el tiempo transcurrido, la obra o instalación queda “fuera de ordenación”, de conformidad con el artículo 174.4 de la LSOTEX, cuyo contenido se transcribe a continuación:

“4. Transcurridos cuatro años desde la terminación de las obras, los trabajos e instalaciones o el cese de los usos o las actividades clandestinos o ilegales, la Administración no podrá ordenar la demolición de las edificaciones, instalaciones o construcciones derivadas de las mismas.

No obstante, dichas edificaciones, instalaciones y construcciones quedarán sujetas al régimen de fuera de ordenación y cualquier acto que implique su reforma, ampliación o consolidación requerirá la previa aprobación de un proyecto de legalización. En este proyecto se contemplará el conjunto de medidas necesarias para la reducción o eliminación del impacto en los servicios urbanísticos, dotación de espacios públicos u otros análogos. La Administración podrá aprobar dichos proyectos de oficio.”

En fin, sería conveniente revisar el expediente de la licencia denegada con fecha 14/01/2011, por si hubiera lugar a su concesión desde el punto de vista urbanístico, ello sin perjuicio de tramitar con carácter previo la correspondiente licencia de actividad, por los procedimientos previstos en la LPCAEX, según la actividad se sitúe en suelo urbanizable o suelo no urbanizable, o en el DACPIEX, si la instalación de la antena se va a realizar en suelo urbano.

7º. Me podría indicar con los datos aportados, ¿cuál debe ser el proceder correcto del Ayuntamiento?

A la vista de los antecedentes expuestos, en opinión de este funcionario, el Ayuntamiento debería adoptar las siguientes medidas:

1º. Requerir a la empresa titular de la antena ya instalada en suelo urbano, para que solicite la licencia de actividad, que se tramitará por el procedimiento abreviado previsto en el DACPIEX.

2º. Requerir a la empresa solicitante de la segunda antena para que solicite la licencia de actividad, que se tramitara por los procedimientos que, para cada caso, se prevén en la LPCAEX, salvo que la instalación se vaya a llevar a cabo en suelo urbano, en cuyo caso se seguirá la tramitación del DACPIEX.

3º. Si el expediente anterior tiene resultado positivo y procede la concesión de la licencia de actividad, debe tramitarse la licencia de obras, conforme a lo dispuesto en la LSOTEX. Acto reglado que dará lugar ineludiblemente a su concesión si es conforme con la ordenación territorial y urbanística, o a su denegación, también de manera ineludible, si no lo fuera.

Para finalizar, se realizan dos últimas precisiones:

Reiterar lo ya dicho en el apartado 3º de este informe, en relación con el alcance de los artículos 12.1, 15.1 y 16.1 del RSCL, en el sentido de que cualquier actividad sujeta a licencia (la tenga o no), está compelida en todo momento al cumplimiento de las condiciones y de la normativa que regulan su funcionamiento.

Asimismo, se recuerda que, conforme al artículo 169 y siguientes de la LSOTEX, corresponden al Municipio las funciones de garantía y protección de la ordenación territorial y urbanística, mediante el ejercicio de las consiguientes actividades de control, inspección y disciplina urbanísticas.

Badajoz, abril de 2011.

ÍNDICE DESARROLLADO

ACTIVIDADES
- Procedimiento a seguir para la calificación y licencia urbanística solicitada por la empresa XX, SL, para la instalación de Planta Termoeléctrica de Ciclo Combinado
- Aprovechamiento de agua sobrante y de pozo de sondeo para centro de tipificación de corderos.
- Reclamación de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), de pago de derechos de autor correspondientes a Fiestas Patronales .
- Recogida de perros vagabundos

BIENES
- Cesión de terrenos con calificación de comunales para acondicionamiento de la Ctra. EX-112.
- Cláusula de prohibición de transmitir por actos ínter vivo inmueble enajenado por Ayuntamiento a un tercero mediante subasta
- Arrendamiento de finca rústica. Tácita reconducción. Posibilidad de enajenación
- Cesión de terrenos al Ayuntamiento correspondientes al aprovechamiento urbanístico, por la aprobación de un Proyecto de Interés Regional.
- Pagos a la SGAE

CONVIVENCIA CÍVICA
- Limpieza y adecentamiento de un solar de propiedad privada por molestias a vecinos y negativa del propietario a efectuarlo.

CONTRATACIÓN
- Legalidad contrato de arrendamiento bien patrimonial (finca rústica)
- Problemática que afecta a diversos municipios de la región derivada de la gestión de los Centros de Día y Pisos Tutelados, en régimen de concesión, consecuencia de posibles incumplimientos de los concesionarios.

- La posibilidad de revisión de precios en la obra de Travesía N-435, ejecutada por la empresa G y G, GEA 21, y a requerimiento del Ayuntamiento de XX
- Posibilidad de anulación de expediente de contratación
- Composición de la Mesa de Contratación.
- Recurso de reposición planteado contra un Pliego de Cláusulas Administrativas particulares
- Contrato para la explotación de cafetería-churrería en el que el Pliego de Cláusulas establecía que las obras quedarán a beneficio del Ayuntamiento
- Negativa de entidad avalista a atender el requerimiento de pago del Ayuntamiento
- Incumplimiento contractual
- Reclamación previa a la vía judicial civil. Contratos
- Cambio de titularidad del adjudicatario de contrato de gestión de servicios públicos
- Reclamación presentada en proceso de adjudicación de viviendas de promoción pública.
- Extinción de contrato de obras y servicio determinado de trabajadora (arquitecta técnico) que se encuentra en estado de gestación.
- Recurso de reposición planteado contra adjudicación de contrato de obra.

DISCIPLINARIO

- Interpretación del artículo. 20, de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, a propósito del nombramiento de instructor y secretario de expediente disciplinario a Policía Local.
- Resolución de Expediente Disciplinario

HACIENDAS LOCALES

- Recurso de reposición contra liquidación del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras.
- Informe solicitado por la Mancomunidad de Servicios Sociales “XX”, sobre las medidas que se podrían adoptar en relación con las deudas pendientes de los Ayuntamientos integrados.

- Modificación de acuerdo reduciendo canon por calificación urbanística e Impuesto de Construcciones, Instalaciones y Obras de por instalación de Planta Fotovoltaica.

ORDENANZAS MUNICIPALES
- Aprobación de Reglamento Municipal. Sustitución de multas por trabajos en beneficio de la comunidad

ORGANIZACIÓN
- Acceso a documentación de carácter laboral (memoria laboral y cuadrantes) a solicitud de un Agente de Policía
- Incompatibilidad de Vocal de Junta Vecinal.
- Derecho de información de Concejales.
- Alcance de la función certificante del Secretario del Ayuntamiento en relación a determinadas materias (Catastro, Registro de la Propiedad,....)
- Interposición de recurso de alzada contra resolución del SPEE, por inadmisión de solicitud de subvención del Programa de Fomento del Empleo Agrario "Generador del Empleo Estable".
- Derechos del Ayuntamiento en herencia de persona fallecida hace más de tres años, sin testamento ni herederos forzosos.
- Reserva de puesto de trabajo de Secretaria-Interventora interina.
- Competencia en redacción de proyecto por Ingeniero Técnico Industrial
- Gestión de Centro de día
- Realización de auditoría de las cuentas de dicha Corporación en el periodo 2007-2010
- Nombramiento de representantes por las entidades mancomunadas y elección de Presidente
- Procedimiento para reclasificar nuevamente el puesto de Secretaria de 2ª a Secretaría clase 3ª y supresión del puesto de Intervención, clase 2ª
- Acuerdos a adoptar por la Mancomunidad frente al Ayuntamiento de XXX, en relación con la liquidación final por recargos de demora que como aportación complementaria.
- Presencia de representates sindicales en la corrección de exámenes.

- Actuaciones a realizar por la Presidencia respecto del contenido de diversos escritos presentados por el Secretario-Interventor
- Legalidad del modo de pago de asignaciones a grupos políticos corporativos en el mandato anterior.
- Órgano competente para efectuar la convocatoria de la sesión constitutiva de la nueva Mancomunidad, consecuencia de las elecciones municipales del 22.05.2011.
- Compatibilidad del Cargo de Concejal sin dedicación con la contratación por el Ayuntamiento con cargo al programa primero del Decreto 153/2010, empleo de experiencia (Duración: 1 año. Jornada 50%)
- Posibles compatibilidades de las retribuciones de los miembros corporativos con las pensiones por jubilación
- Los representantes del Alcalde en las Pedanías pueden cobrar cantidades fijas, periódicas y mensuales por su cargo.
- Entidad responsable del pago de los trienios del Sr. Alcalde, funcionario de habilitación estatal en situación de servicios especiales.
- Celebración de matrimonios civiles por el Alcalde Pedáneo de la Entidad Local Menor.
- Medidas que se podrían adoptar en relación con las deudas pendientes de los Ayuntamientos integrados
- Requerimiento de anulación de la OEP por la Junta de Extremadura

PERSONAL

- Reclamación previa a la vía judicial laboral de trabajador en la que solicita que se le reconozca la condición de trabajador indefinido (fijo según sus argumentos jurídicos basados en el Artículo. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores.)
- Reconocimiento de trienios a personal laboral
- Retribuciones de funcionaria municipal en situación de baja por enfermedad.
- Reserva de puesto de trabajo de Secretaria-Interventora interina.
- Extinción de contrato de obras y servicio determinado de trabajadora (arquitecta técnico) que se encuentra en estado de gestación

- Reclamaciones previas a la vía laboral presentadas por trabajadora de la OMIC: una de cantidad, otra de reconocimiento de derechos (indefinida)
- Nómina de funcionario Auxiliar de la Policía Local, en segunda actividad, y en situación de Baja por Enfermedad Común.
- Reclamación de reintegro de cantidades descontadas por la aplicación de las medidas contenidas en el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.
- Incrementos retributivos acordados en Convenio Colectivo del Ayuntamiento.
- Posibilidad de extinguir relación laboral de carácter indefinido (ex artículo. 15.5 ET), de trabajadora que ostenta la condición de representante sindical.
- Reclamación de indemnización de daños y perjuicios relativos a contrato temporal de puestos de socorristas.
- Interpretación a efectos de su cumplimiento de Convenio Interadministrativo para construcción de Centro Residencial.
- Sobre procedimiento a seguir para reconocimiento a los empleados públicos del Ayuntamiento del reconocimiento de la carrera profesional horizontal.
- Requerimiento de anulación de la OEP por la Junta de Extremadura
- Impugnación de bases de selección de coordinador administrativo. (contrato laboral temporal)
- Procedimiento adecuado para la conversión de trabajadores laborales temporales en fijos
- Incompatibilidad de concejales para ser adjudicatarios de contrato de explotación de finca rústica de propiedad municipal. Deber de abstención
- Compatibilidad de funcionario municipal para el ejercicio de actividad privada
- Nombramiento como personal eventual o de confianza a trabajador laboral fijo del Ayuntamiento y consecuencias, en su caso, del cese
- Reconocimiento de servicios prestados en otras Administraciones
- Prohibición de contratación por el Ayuntamiento de un miembro corporativo

- Incrementos retributivos acordados en Convenio Colectivo del Ayuntamiento
- Nombramiento de instructor de expediente disciplinario a Policía Local, en relación con la interpretación del artículo. 20 de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo
- Movilidad por todo el territorio nacional de funcionarios que ocupen puestos del Cuerpo de Policía Local
- Legalidad del pago por vacaciones no disfrutadas al personal laboral y posibles responsabilidades que de ello derivasen.
- Reconocimiento de compatibilidad para ejercicio de actividad profesional privada a personal eventual.
- Recurso de reposición en relación con el proceso selectivo para cubrir con carácter temporal el puesto de Bibliotecario/a
- Trabajadora laboral indefinida que permaneciendo de baja por enfermedad común desde el 24.04.2010, ahora se le va a reconocer por parte del INSS la invalidez permanente total. Se plantean si las vacaciones de 2010 que no las disfrutó, hay que abonárselas en la liquidación.
- Nombramiento como personal eventual o de confianza a trabajador laboral fijo del Ayuntamiento y consecuencias, en su caso, del cese.
- Impugnación de bases de selección del conserje colegio público (contrato temporal de 1 año)
- Jornada laboral y retribuciones de Policía Local.
- Solicitud de reincorporación a su puesto de trabajo habitual de funcionario jubilado por incapacidad permanente en el grado de total.
- Retribuciones de funcionario municipal en situación de baja por enfermedad

PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

- Recurso de reposición de particular solicitando la prescripción de una infracción de tráfico.
- Expediente sancionador abierto por la Dirección General de Telecomunicaciones por instalación y utilización de antena de TV, sin autorización

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

- Petición de una asociación de consumidores de copia de expediente de Ordenanzas Fiscales

RECLAMACIÓN PREVIA
- Reclamación previa a la vía civil.
- (Dos reclamaciones previas a la vía laboral presentadas por trabajadora de la OMIC: una de cantidad, otra de reconocimiento de derechos (indefinida)

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
- Reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Ayuntamiento presentada por los padres de un menor electrocutado en parque público.
- Solicitud de limpieza de un solar de propiedad privada por molestias a vecinos y negativa del propietario a efectuarlo

SOCIEDADES PARTICIPADAS DE GESTIÓN MUNICIPAL
- Diversas cuestiones sobre sociedad municipal
- (Venta de acciones en sociedad participada por sociedad publica municipal

URBANISMO
- Deficiencias en las obras de urbanización de la UA nº 5, cuyo promotor no las concluye, impidiendo su recepción y la de los terrenos de cesión obligatoria a favor al PMS.
- Expediente de legalización de obra en suelo no urbanizable (Polígono 43, Parcela 34).
- Posible modificación de acuerdo reduciendo canon por calificación urbanística e Impuesto de Construcciones, Instalaciones y Obras de por instalación de Planta Fotovoltaica
- Procedimiento para declarar de interés social una fábrica de arroz vaporizado que se pretende instalar en las inmediaciones de la Entidad.
- Problemas con una Estación Base de Telefonía Móvil, instalada en la terraza de una vivienda ubicada en el núcleo urbano de la localidad.

ABREVIATURAS

Art.. ..... artículo
BOE..... Boletín Oficial del Estado
BOP..... Boletín Oficial de la Provincia
CC..... Código Civil
CC AA ..... Comunidades Autónomas
CE..... Constitución Española
EBEP..... Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público
IAE..... Impuesto sobre Actividades Económicas
IBI ..... Impuesto sobre Bienes Inmuebles
ICIO..... Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras
LBRL.....Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local
LCI..... Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo. Aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.
LEF..... Ley de Expropiación Forzosa.
LGP..... Ley General Presupuestaria
LGT..... Ley General Tributaria.
LJCA..... Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LOFCA..... Ley Orgánica sobre Financiación de las Comunidades Autónomas
LOFCSE..... Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
LOFSE..... Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
LOPJ ..... Ley Orgánica del Poder Judicial
LOREG..... Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General
LPA..... Ley de Procedimiento Administrativo
LRFP ..... Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública
LRJ-PAC ..... Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LS..... Ley del Suelo
LTPP..... Ley de Tasas y Precios Públicos
RBEL..... Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, Reglamento de Bienes de las Entidades Locales
RCI ..... Real Decreto 417/2006, de 7 de abril Desarrolla el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo
RD ..... Real Decreto
RDLeg ..... Real Decreto Legislativo
REF ..... Reglamento de Expropiación Forzosa
ROF..... Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, Reglamento de Organización y Régimen Jurídico de las Entidades Locales

RSCL ..... Decreto de 17 de junio de 1955, Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales
STC..... Sentencia Tribunal Constitucional
STS ..... Sentencia Tribunal Supremo
TRLRHL ..... Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales
TRRL ..... Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local
TS ..... Tribunal Supremo