



Administración local. Personal municipal, servicios públicos y contratos administrativos

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.-

Extracto

Gira el presente supuesto práctico en torno a diversas cuestiones que se plantean en un ayuntamiento de régimen común. En concreto, en primer lugar, el primer problema planteado se fundamenta en una solicitud realizada por un concejal del ayuntamiento solicitando información sobre las retribuciones de los empleados del ayuntamiento, solicitud que es denegada por el alcalde al no considerar necesaria la misma para el desarrollo de sus funciones. En segundo lugar, el ayuntamiento pretende asumir competencias para la gestión de un servicio público que venía prestándose de forma indirecta, planteándose la cuestión del procedimiento a seguir. En tercer lugar, el ayuntamiento pretende convertir a un auxiliar en administrativo del ayuntamiento a través del procedimiento de promoción interna, planteándose la posible ilegalidad de tal práctica. Finalmente, durante la ejecución de un contrato de obras, el contratista a quien se adjudicó el contrato pretende una revisión de precios a su favor toda vez que se ha producido, por parte del órgano competente, una subida en el salario mínimo interprofesional que afecta, en su opinión, al equilibrio económico financiero del contrato.

Palabras clave: derecho de información de concejal; protección de datos de carácter personal; gestión directa de servicios; modificación de contratos de obras.

Fecha de entrada: 05-03-2019 / Fecha de aceptación: 25-03-2019

En un ayuntamiento de régimen común se plantean las siguientes situaciones:

- Primera. Uno de los concejales del ayuntamiento ha solicitado que le sean entregadas «copia de las retribuciones de todos y cada uno de los empleados de este ayuntamiento, de los meses de enero a diciembre del pasado año», cuyas cuantías fueron determinadas interviniendo el concejal en la sesión en que se acordaron. El solicitante ostenta la condición de concejal del ayuntamiento, pero en la solicitud no hace constar que la petición sea formulada en tal condición. El alcalde deniega la solicitud al considerar no necesaria la documentación solicitada para el desarrollo de la función del concejal solicitante.
- Segunda. Es intención del ayuntamiento asumir competencias a efectos de la prestación en régimen de gestión indirecta del servicio de escuelas infantiles, pero ignora el procedimiento para asumir esa competencia.
- Tercera. El ayuntamiento solo cuenta con dos funcionarios: auxiliar administrativo y secretario-interventor. Es su intención cambiar al auxiliar administrativo a administrativo por el procedimiento de promoción interna.
- Cuarta. Se ha adjudicado un contrato de obras, por procedimiento abierto, para la construcción de un polideportivo en la localidad. En un momento dado, el contratista del polideportivo pretende subir los precios como consecuencia de la subida del SMI.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Se debe acceder a la información solicitada por el concejal? Si la respuesta fuera positiva, ¿cómo se facilitaría esa información?
2. ¿Cuál debe ser el procedimiento para asumir competencias a efectos de la prestación en régimen de gestión indirecta del servicio de escuelas infantiles?
3. Se pretende contratar por el ayuntamiento un servicio de viajes y salidas programadas donde los usuarios sean los que paguen al adjudicatario. ¿Cuál será la naturaleza jurídica del contrato planteado? ¿Qué procedimiento debemos seguir?
4. El ayuntamiento solo cuenta con dos funcionarios: auxiliar administrativo y secretario-interventor. ¿Existe la posibilidad de cambiar al auxiliar administrativo a administrativo por el procedimiento de promoción interna?
5. El contratista del polideportivo pretende subir los precios como consecuencia de la subida del SMI. ¿Debe asumir el ayuntamiento tal subida?

Solución

1. ¿Se debe acceder a la información solicitada por el concejal? Si la respuesta fuera positiva, ¿cómo se facilitaría esa información?

Debemos distinguir varias cuestiones en el análisis de esta cuestión:

Primero.

La regulación del derecho de acceso a los concejales se contiene en el artículo 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local –en adelante, LBRL– y en los artículos 14 al 16 del F, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales –en adelante, ROF–, preceptos que desarrollan el derecho a la participación en los asuntos públicos recogido en el artículo 23 de la Constitución española, pues, tal y como tiene establecido la jurisprudencia, el derecho a obtener información sobre los asuntos que están bajo la competencia del cargo público en el ejercicio de su función representativa es parte del derecho a la participación en los asuntos públicos a través de representantes electos y presupuesto de dicho derecho. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de abril de 2000 recoge, en su fundamento jurídico segundo:

Por lo que respecta a la alegada vulneración de los artículos 77 de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, y 14 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, debe tenerse en cuenta, como dice la sentencia de esta Sala de 5 de noviembre de 1999, el derecho a participar en los asuntos públicos y el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos de acuerdo con lo previsto en la ley y, por tanto, el derecho a obtener la información necesaria para el ejercicio de las funciones públicas atribuidas a los concejales, como representantes democráticamente elegidos de los vecinos del municipio.

Ahora bien, este es un derecho de configuración legal, que ha de actuarse de acuerdo con lo previsto por la ley. En este sentido, los artículos 77 de la Ley 7/1985 y 14.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, que son los preceptos aplicables al caso, autorizan a los concejales a obtener del alcalde cuantos antecedentes, datos e informaciones «obren en poder de los servicios de la Corporación» y resulten precisos para el desarrollo de su función.

Pues bien, descendiendo a las circunstancias del presente litigio, resulta que la petición de unos documentos concretos y determinados, referentes a un acuerdo tomado por el ayuntamiento del que el solicitante forma parte como concejal, ha de reputarse «precisa para el desarrollo de su función» (arts. 77 de la Ley 7/1985 y 14.1 del Reglamento de Organización y

Funcionamiento), y la denegación de su entrega (sin otro fundamento que el unilateral criterio del alcalde de considerar no necesaria la documentación solicitada para el desarrollo de la función de los concejales solicitantes) vulneró el derecho fundamental invocado, por cuanto no puede calificarse de uso desmedido o abuso del derecho que le asiste la petición formulada, cuya relación con sus funciones fiscalizadoras y de control de la actividad municipal resulta patente y manifiesta y por eso propia del ejercicio de las funciones que le competen.

El referido derecho del representante, concejal en este caso, a acceder a los antecedentes e informaciones que obren en poder del ayuntamiento, es un derecho de configuración legal que puede ejercerse en los términos legalmente previstos.

Segundo.

El régimen del derecho de acceso de los concejales a la información del ayuntamiento estaba integrado hasta fechas recientes por los preceptos antes citados de la LBRL y el ROF, que prevén, en particular en el caso de la norma reglamentaria, un régimen basado en la condición de cargo público del solicitante y del tipo de información solicitada para determinar el modo de acceso y la extensión del mismo.

Sin embargo, este régimen se ha visto superado por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LT) que, desarrollando el derecho recogido en el artículo 105 de la Constitución, ha mejorado el desarrollo que tenía el derecho consagrado en el artículo 23.

Los ayuntamientos se hallan comprendidos en el ámbito subjetivo de aplicación de la LT, artículo 2, por lo que deben cumplir con las normas que la misma contiene de publicidad activa y de publicidad pasiva –a solicitud del interesado–, respecto a la cual dispone el artículo 12:

Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105 b) de la Constitución española, desarrollados por esta ley. Asimismo, y en el ámbito de sus respectivas competencias, será de aplicación la correspondiente normativa autonómica.

Y en el 13:

Se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.

Por tanto, la petición formulada por el concejal –sin hacer referencia a su condición de tal– se halla amparada por los derechos que reconoce la LT, sin que sean de aplicación las limitaciones de acceso al derecho contenidos en el artículo 14.

Tercero.

Sí puede haber colisión con la normativa reguladora del derecho a la intimidad, pues los datos solicitados se refieren a remuneraciones percibidas por personas físicas. Respecto a la limitación del derecho general de acceso a los datos existentes en los ficheros de las Administraciones públicas por razón de la normativa de protección de datos personales, el artículo 15 de la LT recoge supuestos en los que no se dará acceso a los datos, supuestos en que se dará un acceso parcial y supuestos en que la Administración, previa ponderación de las circunstancias que en el precepto se indican, decidirá si procede el acceso o no.

Este precepto debe ponerse en conexión con lo previsto en el artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), referido a la licitud del tratamiento, que señala que:

1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

- a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;
- b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;
- c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;
- d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;
- e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;
- f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.

Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones.

Igualmente, el artículo 10 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, señala los supuestos que legitiman el tratamiento o cesión de los datos:

1. Los datos de carácter personal únicamente podrán ser objeto de tratamiento o cesión si el interesado hubiera prestado previamente su consentimiento para ello.

2. No obstante, será posible el tratamiento o la cesión de los datos de carácter personal sin necesidad del consentimiento del interesado cuando:

a) Lo autorice una norma con rango de ley o una norma de derecho comunitario y, en particular, cuando concorra uno de los supuestos siguientes:

El tratamiento o la cesión tengan por objeto la satisfacción de un interés legítimo del responsable del tratamiento o del cesionario amparado por dichas normas, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales de los interesados previstos en el artículo 1.º de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

El tratamiento o la cesión de los datos sean necesarios para que el responsable del tratamiento cumpla un deber que le imponga una de dichas normas.

3. Los datos de carácter personal podrán tratarse sin necesidad del consentimiento del interesado cuando:

a) Se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de las competencias que les atribuya una norma con rango de ley o una norma de derecho comunitario.

b) Se recaben por el responsable del tratamiento con ocasión de la celebración de un contrato o precontrato o de la existencia de una relación negocial, laboral o administrativa de la que sea parte el afectado y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento.

El concejal tiene entonces derecho de acceso a la información derivado del derecho que le asiste, por razón de su cargo y de la función que le corresponde, como miembro del Pleno, a quien corresponde la fiscalización de la actividad de la Administración municipal, a conocer toda la información que se halle en poder del ayuntamiento sin tener que dar cuenta de la razón por la que pide conocerla, ya que es precisamente de su condición de concejal de la que deriva, por lo antes dicho, su interés en información. Ahora bien, una vez haya tenido acceso el concejal a los datos solicitados, debe tener en cuenta que le incumbe respecto a ellos el deber de reserva previsto en el artículo 16.3 del ROF, así como la normativa sobre protección de datos.

El cumplimiento de este deber de reserva se halla garantizado por el régimen sancionador correspondiente; ahora bien, con el fin de reforzar esa garantía, es recomendable que el ayuntamiento, al poner a disposición del concejal la documentación solicitada consigne en ella algún tipo de sello o marca que identifique el ejemplar para evitar las copias ilegítimas que se pudieran realizar de dicha documentación.

Cuarto.

En cuanto al modo de acceso, la regulación contenida en el ROF limita los supuestos en que el concejal solicitante puede obtener copias de la documentación. Sin embargo, en

este punto también debe considerarse superado el régimen del ROF por el de la LT, que en su artículo 22.1 dispone:

El acceso a la información se realizará preferentemente por vía electrónica, salvo cuando no sea posible o el solicitante haya señalado expresamente otro medio. Cuando no pueda darse el acceso en el momento de la notificación de la resolución deberá otorgarse, en cualquier caso, en un plazo no superior a 10 días.

Es decir, para un solicitante común, que no ostente cualificación alguna, como puede ser la de concejal, el derecho de acceso a la información pública no se limita al examen de la misma, sino que incluye el derecho a la obtención de copias en formato electrónico o en otro distinto. No tiene sentido establecer para el solicitante cualificado un régimen más estricto para el acceso a las copias que el general previsto para el ciudadano.

Por ello, al haberse solicitado la obtención de copias, estas deberán entregarse, preferentemente en formato electrónico.

Quinto.

Queda por resolver la cuestión relativa a la falta de alusión por el solicitante a su condición de concejal. En principio, el ayuntamiento, como destinatario de la petición podría entender que la misma se realiza por este en su condición de ciudadano, por lo que le sería aplicable el régimen general; sin embargo, puesto que esta circunstancia le consta de modo extraprocedimental, tal y como resulta de la petición de informe, puede también aplicar el régimen específico propio de los concejales.

Quizás lo más conveniente en este caso sea considerar la petición como formulada por un concejal en su condición de tal, pues esta circunstancia es conocida por quienes han de resolver la petición, y la actuación administrativa ha de regirse por el principio de buena fe, conforme al artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Además, pocas diferencias existen entre considerar una u otra opción, pues en ambos casos debe concederse el acceso a la información solicitada mediante la entrega de copias de la misma, siendo la única diferencia que, de no tenerse en cuenta la condición de concejal del solicitante, la información debe dissociarse de los datos personales contenidos en la misma –pues en este caso no resulta de aplicación la excepción prevista en la LOPD–, datos personales a los que, además, podrá acceder el peticionario con solo reproducir la petición haciendo referencia expresa a su condición de edil.

Por tanto, a la vista de las escasas diferencias materiales, entre considerar la petición como formulada por un concejal o no, y del principio de buena fe aludido, lo más lógico, y aunque en derecho cabe también la otra opción, es considerar la solicitud como formulada por un concejal.

Por tanto, con base en el relato fáctico expuesto y los fundamentos jurídicos expresados procede la formulación de las siguientes:

Conclusiones

Primera.

Al no aludirse en la petición a la condición de concejal de solicitante, el ayuntamiento puede considerarla realizada por un ciudadano, sin cualificación especial, aunque por las escasas diferencias materiales entre considerar la condición de edil del solicitante y no hacerlo, así como por el principio de buena fe que ha de guiar la actuación administrativa, lo más conveniente es considerarla como formulada por un concejal.

Segunda.

En caso de considerarse la petición como efectuada por un concejal, se debe entregar copia de la documentación solicitada sin que se proceda a la disociación de los datos personales incluidos en la misma, quedando obligado el solicitante a observar el deber de reserva previsto en el artículo 16 del ROF y la normativa de tratamiento de datos personales.

Tercera.

En caso de de ser considerada la petición como formulada por un ciudadano sin especial cualificación, se entregará copia de la documentación solicitada, previa disociación de los datos personales incluidos en la misma, quedando sujeto el solicitante a la normativa de protección de datos.

Cuarta.

Es recomendable que, al entregar la documentación solicitada, el ayuntamiento marque el ejemplar dispensado con algún tipo de sello que haga posible identificar las copias que ilegítimamente se pudieran hacer de la misma.

2. ¿Cuál debe ser el procedimiento para asumir competencias a efectos de la prestación en régimen de gestión indirecta del servicio de escuelas infantiles?

Una primera cuestión que se desprende de la consulta es si la prestación del servicio de escuelas infantiles constituye o no una competencia propia de los municipios; para lo que se ha de estar al régimen establecido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL) por la reforma operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre (BOE del 30), de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (en adelante, LRSAL).

Además, al amparo del contenido de la disposición adicional tercera de la LRSAL, la mayoría de las comunidades autónomas han tomado la iniciativa en el dictado de normas de carácter legal, reglamentario o simplemente instrucciones para concretar el contenido de la reforma o solucionar dudas en su aplicación. Es el caso de Castilla-La Mancha, por ejemplo, con la Ley 8/2015, de 2 de diciembre, de medidas para la garantía y continuidad en Castilla-La Mancha de los servicios públicos como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 27/2013.

Sabemos que, en relación con las competencias municipales, debemos distinguir las competencias propias determinadas en el artículo 25.2 de la LRBRL, que relaciona las materias que son de competencia municipal y, por tanto, los servicios relacionados con ellas pueden ser prestados por los ayuntamientos. Por su parte, el artículo 26 relaciona los servicios mínimos que son de obligatoria prestación por los municipios, regulando el apartado segundo determinados servicios que, en los municipios de menos de 20.000 habitantes, serán prestados bajo la coordinación de la diputación provincial que, incluso, puede asumir su prestación repercutiendo a los municipios el coste efectivo del servicio en función de su uso.

El artículo 7 de la LRBRL prevé la posibilidad de que los municipios puedan ejercer competencias no propias pero por delegación de la Administración competente (Estado o comunidades autónomas) o que, sin el mecanismo de la delegación de competencias, puedan ser ejercidas por los ayuntamientos competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación –impropias– cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración pública. Respecto de las competencias ejercidas por delegación, se ha de estar a los requisitos del artículo 27, y respecto de las competencias impropias, a los establecidos en el artículo 7.4.

Dicho lo anterior, procede, en primer lugar, determinar si las actividades y servicios referidos a educación infantil se incluyen entre las competencias propias del artículo 25.2 de la LRBRL. En su listado, en relación con este servicio solo se menciona la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil. Y el artículo 27.3 señala determinadas competencias delegables por las comunidades autónomas en los municipios –por tanto, son competencias no propias de estos– y, entre ellas, está: «e) Creación, mantenimiento y gestión de las escuelas infantiles de educación de titularidad pública de primer ciclo de educación infantil».

Recordemos que el apartado sexto del artículo 27 dispone que:

La delegación habrá de ir acompañada en todo caso de la correspondiente financiación, para lo cual será necesaria la existencia de dotación presupuestaria adecuada y suficiente en los presupuestos de la Administración delegante para cada ejercicio económico, siendo nula sin dicha dotación. El incumplimiento de las obligaciones financieras por parte de la Administración autonómica delegante facultará a la Entidad Local delegada para compensarlas automáticamente con otras obligaciones financieras que esta tenga con aquella.

Por tanto, una primera conclusión es que el servicio de educación infantil no constituye una competencia propia municipal, pudiendo ejercerse por delegación o como competencia impropia.

Podría, no obstante, considerarse como competencia propia el servicio de educación infantil, pese a su exclusión del listado del artículo 25.2 de la LRBRL, si estuviese atribuido como tal por una ley autonómica sectorial, como resulta del artículo 2 de la Ley 8/2015 castellano-manchega.

Este criterio, además, es conforme con la interpretación constitucional llevada a cabo con la STC de 3 de marzo de 2016 (NCJ061046) y en la más reciente de 9 de junio de 2016 (NCJ061413). Así, en relación con el artículo 25.2 de la LRBRL, el Tribunal Constitucional ha declarado que «este artículo no atribuye competencias; introduce condiciones a la legislación que las confiera. La atribución en sentido estricto sigue correspondiendo a la legislación sectorial estatal y a las comunidades autónomas, cada cual en el marco de sus competencias». Pero «las leyes pueden atribuir competencias propias a los municipios en materias distintas de las enumeradas en el artículo 25.2 de la Ley de Bases, quedando vinculadas en todo caso a las exigencias reseñadas (apartados 3, 4 y 5)», debiéndose descartar la interpretación de que los municipios solo pueden obtener competencias propias en las materias enumeradas en el precepto indicado. Por tanto, la relación del artículo 25.2 identifica las materias dentro de las que el municipio debe tener «en todo caso» como competencias propias, pudiéndose atribuir al municipio competencias en otras materias distintas, siempre que dicha atribución se lleve a cabo cumpliendo los requisitos de los tres últimos apartados del artículo 25.

Esta deba ser la interpretación actual de la atribución de competencias a los municipios. De modo que aquellas atribuidas como propias a los municipios por la legislación sectorial autonómica con anterioridad a la reforma operada con la LRSAL o atribuidas por esta legislación sectorial con posterioridad, seguirán ejerciéndose como propias, siempre que se ejerciten atendiendo a los requisitos de los tres últimos apartados del artículo 25, especialmente el cumplimiento de los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera.

Y dichos requisitos también habrán de acreditarse para el caso de que el ayuntamiento asuma competencias impropias o por delegación, por expresa obligación contenida en los artículos 7.4 respecto de las primeras, y 27.1 respecto de las segundas.

En conclusión, la asunción del servicio de escuelas infantiles municipales se ejercerá como propia si está atribuida dicha competencia por la legislación sectorial autonómica, y para su ejercicio, en el expediente deberá quedar acreditada la evaluación de la conveniencia de la implantación del servicio conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera.

Y, en el caso de ejercerse como competencia impropia, serán necesarios los informes referidos en el artículo 7.4 de la Ley 7/1985 estatal.

La segunda cuestión objeto de análisis es el expediente a tramitar para asumir la prestación de un servicio de naturaleza económica, pues podrá ser retribuida a través de precios

públicos en los términos del artículo 41 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 y conforme a lo que se establezca expresamente en la ordenanza aplicable.

Ello exige estar al contenido del artículo 86 de la LRBRL, que establece que:

Las entidades locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.

Tal expediente es el regulado en el artículo 97 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL) en relación con el ejercicio de actividades económicas por las entidades locales.

Y señala también el artículo 86 de la LRBRL que «corresponde al Pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio»; en este caso, la modalidad de gestión indirecta prevista en el artículo 85.2.B de la LRBRL, mediante las distintas formas previstas para el contrato de concesión de servicios en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Determinada la forma de gestión del servicio asumido de escuelas infantiles por el Pleno, como se ha dicho, la competencia para constituirse como órgano de contratación del contrato de concesión de servicios se determinará conforme a las previsiones de la disposición adicional segunda de la LCSP: al alcalde, cuando su importe no supere el 10 % de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de 6 millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a 4 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; al Pleno, en los restantes supuestos.

3. Se pretende contratar por el ayuntamiento un servicio de viajes y salidas programadas donde los usuarios sean los que paguen al adjudicatario. ¿Cuál será la naturaleza jurídica del contrato planteado? ¿Qué procedimiento debemos seguir?

Pese a que el contrato no suponga una aparente onerosidad para la Administración, la situación es la de un servicio cuya gestión pretende encomendarse a un contratista. Y ello

porque dicha relación jurídica es onerosa aunque el precio no sea pagado por la Administración directamente, sino por los usuarios. En consecuencia, el contrato proyectado debe someterse a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, con independencia de que el servicio no sea pagado por la Administración directamente, sino por sus usuarios finales.

Con respecto a qué tipo de procedimiento sería el más adecuado, hemos de tener en cuenta la existencia o no de transferencia de riesgo operacional en la explotación del servicio. En el caso de que exista dicha transferencia de riesgo operacional, el contrato será considerado como de concesión de servicios conforme a lo previsto en el artículo 5.2 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y artículo 15 de la LCSP, relativo a la adjudicación de contratos de concesión. En caso de que no se verifique dicha transferencia, el contrato se debe considerar como contrato de servicios.

La verificación de la existencia de la transferencia de riesgo operacional en la explotación es, por tanto, de suma importancia, porque determinará el sometimiento del procedimiento de contratación a un régimen jurídico u otro.

Para determinar si existe dicha transferencia es necesario comprobar que no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión (art. 5.2 de la Directiva 2014/23/UE). Ello supone que, si la Administración pacta un régimen de compensación de pérdidas por el que queden garantizados unos ingresos mínimos iguales o superiores a los gastos del contratista, no habrá contrato de concesión, sino contrato de servicios (considerando 18 de la misma directiva).

El apartado 4.º del artículo 14 de la LCSP señala que se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

Por ello, tal y como ha puesto de manifiesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en Informe 10/2016, de 1 de diciembre de 2016, por remisión a la jurisprudencia comunitaria, para que exista riesgo operacional es necesario que la remuneración de la concesionaria dependa del uso efectivo o de la frecuentación de la obra o servicio; en otras palabras, la remuneración de la concesionaria debe estar vinculada necesariamente y directamente a la conducta de los usuarios, sin que quepan mecanismos de compensación por los que el poder público garantice un nivel de beneficios, ya que en ese caso no cabría hablar de traslado de riesgo operacional ni, por tanto, de concesión.

Respecto al procedimiento a seguir puede ser el abierto, el restringido o el negociado con uno o varios criterios de adjudicación.

4. El ayuntamiento solo cuenta con dos funcionarios: auxiliar administrativo y secretario-interventor. ¿Existe la posibilidad de cambiar al auxiliar administrativo a administrativo por el procedimiento de promoción interna?

En relación con la promoción interna de los funcionarios de carrera, el artículo 18 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP) establece que «la promoción interna se realizará mediante procesos selectivos que garanticen el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad así como los contemplados en el artículo 55.2 de este Estatuto»; para añadir a reglón seguido en su apartado segundo que, «los funcionarios deberán poseer los requisitos exigidos para el ingreso, tener una antigüedad de, al menos, dos años de servicio activo en el inferior Subgrupo, o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que este no tenga Subgrupo y superar las correspondientes pruebas selectivas».

Junto a lo anterior, expone además dicho precepto que «las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto articularán los sistemas para realizar la promoción interna, así como también podrán determinar los cuerpos y escalas a los que podrán acceder los funcionarios de carrera pertenecientes a otros de su mismo Subgrupo», siendo obligación, tal y como establece el citado precepto en su apartado cuarto, de las Administraciones públicas adoptar las medidas necesarias para incentivar la participación de su personal en los procesos selectivos de promoción interna y para la progresión en la carrera profesional.

No obstante, el anterior precepto es de aplicación demorada a tenor de la disposición final cuarta del mismo TREBEP, en tanto no entren en vigor las normas autonómicas dictadas en desarrollo de aquel.

En cuanto al procedimiento a seguir, será necesario, en primer lugar, que el ayuntamiento crease el puesto de trabajo de administrativo, modificando la RPT, y lo dotase presupuestariamente a través de la plantilla presupuestaria; quedando adscrito el puesto a la «Escala de Administración General. Subescala Administrativa. Grupo C1»; amortizando el puesto de auxiliar administrativo en caso de que la persona que lo desempeña superase el proceso selectivo; a salvo, claro está, de que se deseara mantener vigente dicho puesto en previsión de su posterior cobertura con personal de nuevo ingreso.

Asimismo, tendría que publicarse tanto la convocatoria como las bases del proceso selectivo en el diario o boletín oficial correspondiente y, en su caso, en la sede electrónica de la respectiva Administración pública autonómica.

Ahora bien, la posibilidad de hacer uso del procedimiento de promoción interna en el caso que nos ocupa ha de ponerse en conexión con el TRRL, cuyo artículo 134 establece que «las convocatorias serán siempre libres. No obstante, podrán reservarse 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».

Lo anterior no implica que se pueda reservar el 100% de las plazas vacantes para ser provistas por promoción interna.

Así lo ha venido estableciendo la jurisprudencia. En concreto, en Sentencia de 20 de enero de 1992, 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 este, 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 esta, 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. Más recientemente, en este mismo sentido, la STS de Galicia 288/2015, de 13 de mayo de 2015, que con referencia a la STS de 25 de enero de 2006 pone de manifiesto que la jurisprudencia habría ya encuadrado perfectamente la clave de la armonía entre el derecho de acceso al empleo público libre y el derecho de promoción interna, y sentado –como criterio general– el de las pruebas libres, si bien la promoción interna constituye, según designio del legislador, 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.

Por todo lo expuesto, consideramos que, en este caso, no cabría la provisión del único puesto vacante que existe por la vía de la promoción interna. Máximo si, como parece, el puesto de trabajo no existe en la actualidad y pretende crearse ex profeso para articular, sobre el mismo, el proceso de promoción interna del funcionario municipal que en la actualidad ocupa el puesto de auxiliar administrativo.

5. El contratista del polideportivo pretende subir los precios como consecuencia de la subida del SMI. ¿Debe asumir el ayuntamiento tal subida?

El régimen de la revisión de precios está contenido en la Ley 9/2017, LCSP.

La Ley de desindexación distingue, con carácter general, en su artículo 2, entre revisión periódica y predeterminada, revisión periódica no predeterminada y revisión no periódica; siendo que en el artículo 89 del ahora derogado TRLCSP, la única que era admitida era la revisión periódica y predeterminada. El mismo criterio se mantiene en el vigente artículo 103 de la LCSP.

Es más, el TRLCSP no permitía la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos, mientras que la Ley LCSP 2017 sí lo permite, únicamente en los «contratos no sujetos a regulación armonizada a los que se refiere el apartado 2 del artículo 19».

Con carácter general, por tanto, no debe admitirse la revisión no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos derivada del incremento de los costes salariales por la modificación al alza del salario mínimo interprofesional, valor que debe entrar dentro del concepto de riesgo y ventura del empresario.

Sin perjuicio de mantener que no cabe la revisión no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos derivada del incremento de los costes salariales, podría admitirse la posibilidad de acudir al principio del desequilibrio real producido al contratista, al objeto de justificar la modificación del contrato, si las prestaciones resultan afectadas por la entrada en vigor de una normativa sobrevenida que modifique las condiciones en que se acordó la adjudicación de un contrato.

La modificación de un contrato cuando no se ha previsto tal posibilidad en el pliego se regula en el artículo 203.2 b) de la LCSP, exigiendo la concurrencia de razones de interés público y que se cumplan las condiciones que establece el artículo 205: «a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo. b) Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria».

El primero de los supuestos del artículo 205.2 de la LCSP hace referencia a la necesidad de añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados; necesidad que en este caso debe venir justificada de la nueva normativa. En todo caso, se han de cumplir dos condiciones:

- a) Que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico, por ejemplo que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación.

- b) Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 % de su precio inicial, IVA excluido.

El segundo supuesto que justifica la modificación del contrato aun no estando previsto en el pliego, es que la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

- a) Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.
- b) Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.
- c) Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 % de su precio inicial, IVA excluido.

Y el tercer supuesto del artículo 205.2 de la LCSP, que justifica la modificación de un contrato, es que la modificación no sea sustancial. El propio apartado regula las circunstancias que justifican que una modificación sea sustancial.

Por tanto, la aprobación de una nueva normativa que afecte a la ejecución del contrato puede considerarse una circunstancia sobrevenida, debiendo la Administración justificar en el expediente de la modificación la no previsibilidad. Esta circunstancia se entiende aplicable al incremento salarial derivado de la concreción al alza del salario mínimo interprofesional.

Dispone el artículo 206 de la LCSP que en los supuestos de modificaciones no previstas en los pliegos amparadas en alguno de los supuestos del artículo 205, tales «modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 % del precio inicial del contrato, IVA excluido». Y si la modificación no es obligatoria para el contratista «la misma solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo, resolviéndose el contrato, en caso contrario, de conformidad con lo establecido en la letra g) del apartado 1 del artículo 211».

Por tanto, las determinaciones de la normativa sobrevenida que afecten a las condiciones de ejecución del contrato son vinculantes para el contratista, debiendo ajustarse al marco legal vigente en cada momento. A tal efecto, si el contrato requiere su modificación, en el expediente debe justificarse la procedencia con base en alguno de los supuestos del artículo 205.2 de la LCSP; siendo obligatoria para el contratista si no supone un incremento de la cuantía del 20 % del precio inicial del contrato, IVA excluido. En caso contrario, la modificación requerirá acuerdo de la Administración y contratista, resolviéndose el contrato en caso contrario.

Dejamos apuntada una reflexión del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 76/2015, de 20 de julio sobre el concepto de imprevisibilidad:

El Diccionario de la Real Academia Española no nos ofrece una definición de contenido estricto para el término «imprevisibilidad», al que hace referencia el artículo 107.1 b) del TRLCSP. Nos explica, sin embargo, que imprevisibilidad equivale a la cualidad de imprevisible; y de imprevisible dice el Diccionario que es aquello que no se puede prever. Y prever es ver con anticipación, conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder. De manera que prever equivale a predecir, vaticinar, presentir, pronosticar o adivinar. De donde se deriva que la cualidad de imprevisible, la imprevisibilidad, es la cualidad de no poder ver con anticipación, presentir o pronosticar lo que sucederá después. Por el contrario, la «imprevisión» es cosa muy distinta, es la falta de previsión o reflexión. Es decir, equivale a descuido, desidia, despreocupación, falta de cuidado, imprudencia, negligencia, omisión.

En todo caso, si la modificación del contrato no se pudiera llevar a cabo por las limitaciones presupuestarias derivadas del incremento de la retribución que resultaría del incremento de los costes salariales sobrevenida, o la Administración no considerase procedente la modificación por razones de interés público, como podría ser el caso del incremento propuesto por el contratista por los servicios que presta a los ciudadanos en el polideportivo, lo procedente será acordar la resolución y la celebración de otro contrato «bajo las condiciones pertinentes, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en esta ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 213 respecto de la obligación del contratista de adoptar medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina», al amparo de lo dispuesto en el artículo 203.2 b) último párrafo de la LCSP.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 23 y 105.
- Ley 7/1985 (LRBRL), arts. 7, 25, 26, 27, 77 y 86.
- Ley 19/2013 (Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), arts. 2, 13, 14, 15 y 22.
- Ley 40/2015 (LRJSP), art. 3.
- Ley 9/2017 (LCSP), arts. 14, 15, 103, 203, 205 y 206.
- Real Decreto Legislativo 2/2004 (Texto refundido de la Ley de haciendas locales), art. 41.
- Real Decreto 2568/1986 (Rgto. organización, régimen jurídico y funcionamiento de las entidades locales), arts. 14, 15 y 16.
- Real Decreto 1720/2007 (Rgto. Ley de protección de datos personales), art. 10.
- Reglamento UE 2016/679 (protección de datos personales), art. 6.