

AS REFORMAS DO SECTOR PÚBLICO PERSPECTIVA IBÉRICA NO CONTEXTO PÓS-CRISE

COORDENADORES

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE
SUZANA TAVARES DA SILVA

AUTORES

ALBERTO PALOMAR OLMEDA
ÁNGEL LUIS CABAL
FÁTIMA RAMALLO LÓPEZ
FEDERICO CASTILLO BLANCO
FERNANDO ALVES CORREIA
FRANCISCA VILLALBA PÉREZ
FRANCISCO LIBERAL FERNANDES
JAVIER QUESADA LUMBRERAS

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE
JUAN JOSÉ LAVILLA RUBIRA
LICÍNIO LOPES MARTINS
MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS
PEDRO COSTA GONÇALVES
PILAR BENSUSAN MARTÍN
SUZANA TAVARES DA SILVA

(Página deixada propositadamente em branco)

**AS REFORMAS DO SECTOR PÚBLICO
PERSPECTIVA IBÉRICA NO CONTEXTO PÓS-CRISE**

(Página deixada propositadamente em branco)

AS REFORMAS DO SECTOR PÚBLICO PERSPECTIVA IBÉRICA NO CONTEXTO PÓS-CRISE

COORDENADORES

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE
SUZANA TAVARES DA SILVA

AUTORES

ALBERTO PALOMAR OLMEDA
ÁNGEL LUIS CABAL
FÁTIMA E. RAMALLO LÓPEZ
FEDERICO A. CASTILLO BLANCO
FERNANDO ALVES CORREIA
FRANCISCA L. VILLALBA PÉREZ
FRANCISCO LIBERAL FERNANDES
JAVIER E. QUESADA LUMBRERAS

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE
JUAN JOSÉ LAVILLA RUBIRA
LICÍNIO LOPES MARTINS
MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS
PEDRO COSTA GONÇALVES
PILAR BENSUSAN MARTÍN
SUZANA TAVARES DA SILVA

O presente trabalho foi realizado:

no âmbito das actividades do Grupo de Investigação “Crise, Sustentabilidade e Cidadanias” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integradas no Projecto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito” (UID/DIR/04643/2013);

e

en el marco del Proyecto I+D+I del Ministerio de Economía y Competitividad «Remodelando el empleo público y la organización administrativa para garantizar el Estado del Bienestar» (DER2013-48416-C2-1-R).

EDIÇÃO
Imprensa da Universidade de Coimbra

COORDENAÇÃO EDITORIAL
Instituto Jurídico
Faculdade de Direito
Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA | INFOGRAFIA
Ana Paula Silva

CONTACTOS
Imprensa da Universidade de Coimbra
Email: imprensa@uc.pt
URL: http://www.uc.pt/imprensa_uc
Vendas online: <http://livrariadaimprensa.uc.pt>

ISBN
978-989-26-1398-7

ISBN DIGITAL
978-989-26-1399-4

DOI
<https://doi.org/10.14195/978-989-26-1399-4>

DEPÓSITO LEGAL
400585/15

PRINT BY
CreateSpace

© JULHO 2017
IMPRENSA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ÍNDICE

Nota prévia 9

I. A REFORMA DO ESTADO E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1. Os Memorandos de Entendimento entre Portugal,
o Fundo Monetário Internacional, a Comissão Europeia
e o Banco Central Europeu e a Reforma do Poder Local..... 13

FERNANDO ALVES CORREIA

2. La Reforma del Sistema Competencial de las Entidades Locales
en España: de Gobierno del Territorio a Administración Presta-
dora de Servicios Públicos..... 37

FEDERICO A. CASTILLO BLANCO

3. Líneas Claves para la Reforma de la Administración Española 67

PILAR BENSUSAN MARTÍN

II. REFORMA DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

4. Algumas Alterações Recentes ao Código do Procedimento
Administrativo Português 99

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE

5. Un Primer Acercamiento a las Principales Reformas en
Materia de Procedimiento Administrativo y Régimen Jurídico
del Sector Público 109

FÁTIMA E. RAMALLO LÓPEZ

6. La Incorporación de Medios Electrónicos en las
Administraciones Públicas: Consideraciones Generales
y de Contexto y Balance Normativo del Modelo Español 123

ALBERTO PALOMAR OLMEDA

7. O Princípio da Transparência:
da Revolução à Necessidade de Regulação 149

SUZANA TAVARES DA SILVA

III. A MELHORIA DA EFICIÊNCIA NA DESPESA PÚBLICA

8. Eficiência e Transparência na Contratação Pública:
a Contratação Eletrónica 177
PEDRO COSTA GONÇALVES

9. El Principio de Eficiencia Motor de la
Reforma Normativa sobre Contratación del Sector Público 193
FRANCISCA L. VILLALBA PÉREZ

10. La Eficiencia Energética en la Contratación del Sector Público ... 221
JUAN JOSÉ LAVILLA RUBIRA

IV. AS REFORMAS NO EMPREGO PÚBLICO

11. A Relação de Emprego Público: Nótulas sobre as
Principais Vicissitudes da sua Evolução Recente
e (Algumas) Incoerências do Regime 239
LICÍNIO LOPES MARTINS

12. Líneas Maestras de Mejora del Empleo Público 259
JAVIER E. QUESADA LUMBRERAS

13. A Flexibilidade como Novo Modo de Ser da Relação
de Emprego Público: Necessidade ou Estratégia de Domínio? 283
FRANCISCO LIBERAL FERNANDES

14. El Despido Colectivo en las Administraciones Públicas en
España: el Reajuste Económico y las Repercusiones en Materia
de Personal. Algunos Puntos Críticos 295
MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS

15. El Modelo de Evaluación del Desempeño del
Principado de Asturias 313
ÁNGEL LUIS CABAL

AUTORES

Alberto Palomar Olmeda

Profesor Titular (Acred.) de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III de Madrid

Ángel Luis Cabal

Director General de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del Principado de Asturias

Fátima E. Ramallo López

Profesora de Derecho Administrativo. Universidad de Granada

Federico A. Castillo Blanco

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada

Fernando Alves Correia

Professor Catedrático de Direito Público. Universidade de Coimbra. Instituto Jurídico

Francisca L. Villalba Pérez

Catedrática Acreditada de Derecho Administrativo. Universidad de Granada

Francisco Liberal Fernandes

Professor Auxiliar de Direito Laboral. Universidade do Porto

Javier E. Quesada Lumbreras

Profesor de Derecho Administrativo. Universidad de Granada

José Carlos Vieira de Andrade

Professor Catedrático de Direito Público. Universidade de Coimbra. Instituto Jurídico

Juan José Lavilla Rubira

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid
Abogado Clifford Chance

Licínio Lopes Martins

Professor Auxiliar de Direito Público. Universidade de Coimbra. Instituto Jurídico

María José Rodríguez Ramos

Professora Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Sevilla

Pedro Costa Gonçalves

Professor Associado de Direito Público. Universidade de Coimbra. Instituto Jurídico

Pilar Bensusan Martín

Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Granada

Suzana Tavares da Silva

Professora Auxiliar de Direito Público. Universidade de Coimbra. Instituto Jurídico

(Página deixada propositadamente em branco)

NOTA PRÉVIA

As Reformas do Sector Público. Perspectiva ibérica no contexto pós-crise é fruto de uma colaboração entre o Grupo de Investigação “Crise, Sustentabilidade e Cidadanias” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, os investigadores do Proyecto I+D «Remodelando el empleo público y la organización administrativa para garantizar el Estado del Bienestar» (DER2013-48416) e o Grupo de Investigación «La reforma de la función pública de Andalucía» (SEJ-454).

No essencial, o presente livro recolhe as comunicações apresentadas no Seminário Internacional Luso-Espanhol sobre “Instrumentos para Melhorar a Eficiência do Sector Público”, que teve lugar no auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra nos dias 29 e 30 de Abril de 2015.

Os trabalhos desenvolvidos no âmbito desta parceria de investigação buscam respostas e apresentam reflexões sobre as medidas legislativas adoptadas pelos dois países – Portugal e Espanha – no contexto da crise económica e financeira em matéria de reforma do sector público.

A obra divide-se em quatro partes. A primeira cuida do tema da “Reforma do Estado e da Administração Pública” e nela se incluem três textos, dois sobre a reforma do poder local em cada um dos países e um terceiro sobre o quadro geral da reforma da Administração Pública espanhola.

A segunda parte, dedicada ao tema da “Reforma do Procedimento Administrativo”, é integrada por quatro textos, dois que apresentam as linhas mestras da reforma do procedimento administrativo em cada um dos países, e outros dois que cuidam de aspectos particulares destes novos regimes jurídicos, respectivamente a incorporação de meios electrónicos nas Administrações Públicas e os actuais reptos decorrentes do princípio da transparência.

Na terceira parte são analisados alguns tópicos relativos aos novos “Desafios da Melhoria da Eficiência na Despesa Pública”, cuidando os dois primeiros textos de uma análise geral sobre os problemas da contratação pública de um e outro lado da fronteira por ocasião da transposição das novas directivas europeias e o terceiro de um aspecto especialmente controverso como é o da eficiência energética na contratação pública.

Por último, a quarta parte é dedicada ao tema das “Reformas no Emprego Público”, reunindo o contributo de administrativistas e laboristas, que ao longo de cinco textos nos deixam uma reflexão sobre as novas tendências do regime jurídico do emprego público em cada um dos países, a flexibilidade como um novo modo de ser relação de emprego público, o despedimento colectivo nas Administrações Públicas em Espanha e o modelo de avaliação do desempenho adoptado no Principado de Astúrias.

Estamos assim perante um conjunto abrangente de estudos, capaz de proporcionar ao leitor uma visão panorâmica, comparada e crítica sobre as medidas implementadas na Península Ibérica a propósito da “Reforma do Estado”, exigida pelas instâncias europeias e internacionais como pressuposto para a superação estrutural da crise económica e financeira que os dois países atravessaram.

Coimbra, Outubro de 2015.

José Carlos Vieira de Andrade

Suzana Tavares da Silva

I

A REFORMA DO ESTADO E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

(Página deixada propositadamente em branco)

1.

OS MEMORANDOS DE ENTENDIMENTO ENTRE PORTUGAL, O FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL, A COMISSÃO EUROPEIA E O BANCO CENTRAL EUROPEU E A REFORMA DO PODER LOCAL

FERNANDO ALVES CORREIA
Professor Catedrático de Direito Público
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Investigador do Instituto Jurídico

Sumário: *I. Introdução. II. A reorganização administrativa territorial autárquica. III. A reforma territorial supramunicipal e regional. 3.1. As comissões de coordenação e desenvolvimento regional (CCDR). 3.2. As entidades intermunicipais. 3.2.1. As áreas metropolitanas de Lisboa e Porto. 3.2.2. As comunidades intermunicipais. 3.2.3. As associações de municípios e freguesias de fins específicos. IV. O reforço da descentralização administrativa. V. Conclusão.*

I. INTRODUÇÃO

Em consequência da grave crise económica e financeira que assolou Portugal, cujo pico ocorreu em 2011, traduzida, entre outros aspetos, numa enorme subida das taxas de juro praticadas no mercado de dívida pública e na descida acentuada do *rating* da República Portuguesa, dos bancos e de importantes empresas públicas, o que pôs em risco a sua capacidade de obter financiamento e de financiar a economia portuguesa, o Estado Português assinou dois *Memorandos de Entendimento*, um com o Fundo Monetário Internacional (FMI) e outro com a Comissão Europeia (CE) e o Banco Central Europeu (BCE), os quais corporizaram o *Programa de Assistência Económica e Financeira* (PAEF).

Este Programa implicou a satisfação de determinadas condições prévias por parte das autoridades portuguesas e é constituído por um conjunto de instrumentos jurídicos, os quais foram aprovados, por um lado, pelo Governo Português e, por outro lado, pelo Conselho Executivo do FMI, bem como pelo Governo Português e pela Comissão Europeia (em nome da União Europeia) e pelo Banco Central Europeu.

Assim, entre o Governo Português e o FMI foram assinados, em 17 de maio de 2011, um *Memorando Técnico de Entendimento*, bem como um *Memorando de Políticas Económicas e Financeiras*, os quais estabeleceram as condições da ajuda financeira a Portugal por parte do FMI. Para esse efeito, foi enviada uma Carta de Intenções, assinada pelo Ministro das Finanças e pelo Governador do Banco de Portugal, em nome, respetivamente, do Estado português e do Banco de Portugal, com data de 17 de maio de 2011, dirigida ao Diretor do FMI, tendo a aceitação por esta Organização ocorrido no dia 20 de maio de 2011, com a aprovação do financiamento acordado.

Além disso, entre o Governo Português e a União Europeia foi assinado o *Memorando de Entendimento Relativo às Condicionalidades Específicas de Política Económica*, adotado com referência ao Regulamento do Conselho (UE) n.º 407/2010, de 11 de maio de 2010, que estabelece o Mecanismo Europeu de Estabilização, em especial o artigo 3.º, n.º 5, do mesmo, o qual descreve as condições gerais da política económica, tal como contidas na Decisão de Execução do Conselho n.º 2011/344/UE, de 17 de maio de 2011, sobre a concessão de assistência financeira a Portugal. Também com este objetivo, foi endereçada uma Carta de Intenções, igualmente assinada pelo Ministro das Finanças e pelo Governador do Banco de Portugal, em nome, respetivamente, do Estado português e do Banco de Portugal, com data de 13 de maio de 2011, a vários órgãos da União Europeia (o Presidente do Euro Grupo, o Presidente do Conselho da União Europeia, na sua formação ECOFIN, e o Comissário Europeu dos Assuntos Económicos e Financeiros) e ao Presidente do BCE, tendo a aceitação daquele Memorando sido formalizada pela sua assinatura pelo Ministro das Finanças, pelo Governador do Banco de Portugal e pela CE, em 17 de maio de 2011, e pela decisão do Conselho da União Europeia, na formação ECOFIN, com a mesma data, que deliberou atribuir a assistência financeira a Portugal.

Deixando de lado a *vexata quaestio* da natureza jurídica dos mencionados *Memorandos de Entendimento*, bem como o problema do respeito, ou não, das normas constitucionais relativas à celebração de acordos que vinculam internacionalmente o Estado português¹ – *Memorandos* esses que foram

¹ C. BLANCO DE MORAIS (2014), *Curso de Direito Constitucional, Tomo II*, Vol. 2, Coimbra. Coimbra Editora, pp. 723-725; E. CORREIA BATISTA (2011), “Na-

aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 8/2011, de 5 de maio, publicada no Diário da República, II Série, de 17 de maio de 2011 –, é manifesto que eles têm um inegável *conteúdo normativo*, na medida em que encerram um *verdadeiro programa vinculativo de medidas e de iniciativas legislativas*, de natureza estrutural, com a duração de três anos, nos mais variados domínios, com a finalidade de promoção do equilíbrio das finanças públicas, da obtenção da sustentabilidade financeira e da melhoria da competitividade das empresas e da economia do País. No fundo, esses acordos internacionais tiveram como causa-função colocar à disposição do Estado português várias “tranches” financeiras para fazer face a problemas de liquidez, comprometendo-se este a cumprir determinadas metas e objetivos e a exercer o seu poder legislativo em determinado sentido (isto é, conforme ou em consonância com as “reformas estruturais” acordadas).

A administração pública central, regional e local foi um dos domínios em que o Estado português se vinculou a introduzir reformas, com vista, nos termos dos Memorandos acordados, a “aumentar a sua eficácia e eficiência”. Restringindo-nos à área específica da *administração autónoma territorial*, encontramos naqueles documentos a indicação de várias reformas, a saber: submissão pelo Governo à Assembleia da República, até ao quarto trimestre de 2011, de uma proposta de lei para que cada município tenha o dever de apresentar o respetivo plano para atingir o objetivo de redução dos seus cargos dirigentes e unidades administrativas num mínimo de 15%, até ao final de 2012, com vista a aumentar a eficiência da administração local e racionalizar a utilização de recursos; elaboração de uma análise do custo/benefício de todas as entidades públicas ou “semipúblicas”, incluindo fundações, associações e outras entidades, em todos os setores das administrações públicas, com base na qual deverá ser adotada a decisão de as encerrar ou de as manter, em conformidade com a lei; disciplinar, através de lei, a criação e o funcionamento de fundações, associações e outras entidades semelhantes pela administração central e local, bem como das empresas do setor público empresarial local; reorganizar a estrutura da administração local, de modo a “reduzir significativamente” (*sic*) os 308 municípios e as 4.259 freguesias, até julho de 2012, de modo a que uma tal reorganização entre em vigor no próximo ciclo eleitoral local, tudo isto com vista a “reforçar a prestação do serviço público, aumentar a eficiência e reduzir custos”; realização de um

tureza jurídica dos Memorandos com o FMI e com a União Europeia”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 71. pp. 477-488; J. MELO ALEXANDRINO (2014), “Jurisprudência da crise. Das questões prévias às perplexidades”, em *O Tribunal Constitucional e a Crise, Ensaios Críticos*, (Organizadores) G. ALMEIDA RIBEIRO e L. PEREIRA COUTINHO, Coimbra, Almedina, pp. 51-68.

estudo para identificação da duplicação potencial de atividades e de outras ineficiências entre a administração central, a administração local e serviços da administração central desconcentrados, de modo a, até ao segundo trimestre de 2012, reformar o enquadramento atual, tendo como finalidade eliminar as ineficiências identificadas; preparar, até ao quarto trimestre de 2011, um plano abrangente para promover a flexibilidade, a adaptabilidade e a mobilidade dos recursos humanos na administração pública, nomeadamente através de formação, nos casos em que for necessário; e limitação das admissões de trabalhadores na administração pública, com vista a atingir decréscimos anuais, no período de 2012-2014, de 1% na administração central e de 2% na administração local, devendo o Governo, até ao terceiro trimestre de 2011, submeter à Assembleia da República uma proposta de lei para implementar aquela medida ao nível da administração local e promover as iniciativas necessárias a que cada Região Autónoma apresente o respetivo plano para atingir aquele objetivo.

Por nos parecerem as mais importantes e, ainda, por manifesta falta de tempo para analisar outras reformas da administração local induzidas pelos apontados *Memorandos de Entendimento* (v.g., o novo regime financeiro das autarquias locais e das entidades intermunicipais, constante da Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro, alterada pelas Leis n.ºs 82-D/2014, de 31 de dezembro, e 69/2015, de 16 de julho, e o novo regime jurídico da atividade empresarial local e das participações locais, condensado na Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, alterada pelas Leis n.ºs 53/2014, de 25 de agosto, e 69/2015, de 16 de julho, e no Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro), vamos restringir esta breve conferência à análise de três reformas: a *reorganização administrativa territorial autárquica* (Leis n.ºs 22/2012, de 30 de maio, e 11-A/2013, de 28 de janeiro, e, relativamente à reorganização administrativa de Lisboa, a Lei n.º 56/2012, de 8 de novembro, alterada pela Lei n.º 85/2015, de 7 de agosto); a *reforma territorial supramunicipal e regional* (Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, retificada pelas Declarações de Retificação n.ºs 46-C/2013 e 50-A/2013, de 1 de novembro e de 11 de novembro, respetivamente, e alterada, pontualmente, pelas Leis n.ºs 25/2015, de 30 de março, e 69/2015, de 16 de julho); e o *reforço da descentralização administrativa, através da transferência de competências do Estado para as autarquias locais e para as entidades intermunicipais, bem como da delegação de competências do Estado nas mesmas entidades* (Lei n.º 75/2013, Decreto-Lei n.º 30/2015, de 12 de fevereiro, e Decreto-Lei n.º 51/2015, de 13 de abril).

Sublinhe-se, no entanto, que estas três reformas, bem como outras aqui omitidas, tiveram como objetivo não apenas a *estrita redução da despesa*

pública, mas também os grandes desígnios da melhor organização do Estado, do aumento da eficiência e da eficácia da gestão dos recursos públicos, da maior proximidade das decisões aos problemas, da melhoria da qualidade dos serviços prestados às populações locais, da promoção da coesão territorial, do aumento da responsabilização política, do reforço da participação dos cidadãos na administração pública e do aprofundamento da *democracia participativa*, como forma de completar a democracia representativa.

II. A REORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA TERRITORIAL AUTÁRQUICA

Como referimos anteriormente, os *Memorandos de Entendimento* utilizavam a expressão “redução significativa” de municípios (308) e de freguesias (4.259). Pensamos que uma tal redução deveria decorrer não apenas da exigência de poupança de recursos financeiros, mas também da necessidade de se proceder a um redimensionamento daqueles entes autárquicos, o qual deveria ser baseado em estudos que determinassem quais os fatores a ter em conta para a redução do número de freguesias e de municípios, tais como, o número de habitantes, a superfície da autarquia, a densidade populacional e a situação geográfica². Note-se que, em Portugal, mais de 800 freguesias tinham, segundo os censos de 2011, menos de 300 habitantes e mais de 1400 freguesias tinham menos de 500; por sua vez, mais de 30 municípios tinham menos de 5.000 habitantes e mais de 100 municípios tinham menos de 10.000 habitantes.

A reforma territorial autárquica que veio a ocorrer, em Portugal, através das Leis n.ºs 22/2012, de 30 de maio, e 11-A/2013, de 28 de janeiro, não reduziu o número global de freguesias e municípios, antes diminuiu somente o número de freguesias e com base num critério cego de cortes do número de freguesias por município. A não abrangência dos municípios na reforma organizativa deveu-se essencialmente a dois fatores: a falta de consenso dos três partidos políticos que subscreveram os Memorandos de Entendimento, apesar de terem assumido conjuntamente esse compromisso, e a forte oposição dos presidentes de câmara, sobretudo através da Associação Nacional de Municípios Portugueses.

² A. CÂNDIDO DE OLIVEIRA (2013), “A Dinamarca: Duas Profundas Reformas Territoriais da Administração Local Autónoma (1970 e 2007). Brevíssimo Cotejo com a Reforma Portuguesa de 2013”, em *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, (Organizadores), F. ALVES CORREIA, J. CALVÃO DA SILVA, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, J. J. GOMES CANOTILHO, J. M. CARDOSO DA COSTA, Coimbra, Almedina, pp. 107-119.

Seja como for, e apesar das críticas que legitimamente podem ser feitas à reorganização territorial autárquica ocorrida, em Portugal, nos anos de 2012 e 2013, ela teve o efeito benéfico de reduzir o número total de freguesias de 4.259 para 3.092, distribuídas pelo Continente (2.882), Região Autónoma dos Açores (156) e Região Autónoma da Madeira (54), e demonstrou que é possível, desde que haja vontade política e um consenso entre os principais partidos políticos, fazer, à semelhança do que fizeram outros Países europeus, uma ampla reorganização administrativa territorial autárquica em Portugal.

A Lei n.º 22/2012, de 30 de maio, determinou que a “reorganização administrativa territorial autárquica” era obrigatória para as freguesias [artigos 1.º, n.º 2, 1ª parte, e 3.º, alínea *d*)], salvo nos municípios em cujo território se situassem quatro ou menos freguesias (artigo 6.º, n.ºs 3 e 4). Quanto aos municípios, a lei pretendeu ser incentivadora (artigo 1.º, n.º 2, 2ª parte) e tudo dependia de propostas de fusão a apresentar para esse efeito à Assembleia da República ou, no âmbito de pronúncias respeitantes às freguesias, de propostas de alteração dos respetivos limites territoriais, incluindo a transferência entre si da totalidade ou de partes do território de uma ou mais freguesias (artigos 16.º e 17.º).

A reorganização visava a promoção de um conjunto de objetivos (artigo 2.º), tais como: a promoção da coesão territorial e do desenvolvimento local; o alargamento das atribuições e competências das freguesias e dos correspondentes recursos; o aprofundamento da capacidade de intervenção da junta de freguesia; a melhoria e desenvolvimento dos serviços públicos de proximidade prestados pelas freguesias às populações; a promoção de ganhos de escala, de eficiência e de massa crítica nas autarquias locais; e a reestruturação, por agregação, de um número significativo de freguesias em todo o território nacional, com especial incidência nas áreas urbanas.

Tudo em obediência aos princípios, assinalados no artigo 3.º, da preservação da identidade histórica, cultural e social das comunidades locais, incluindo a manutenção da anterior denominação das freguesias agregadas, nos termos e para os efeitos previstos na lei; da participação das autarquias locais na concretização da reorganização administrativa dos respetivos territórios; da universalidade do esforço e da flexibilidade no desenho de soluções concretas de reorganização administrativa territorial autárquica; do estímulo à reorganização administrativa do território dos municípios; e do equilíbrio e da adequação demográfica das freguesias.

Para efeito da reorganização administrativa do território das freguesias, a Lei n.º 22/2012 determinou que a agregação de freguesias era

concretizada por referência aos limites territoriais do respetivo município, classificou os municípios em três níveis de enquadramento, com base na densidade populacional de cada um deles e no respetivo número de habitantes (artigo 4.º) e distinguiu as freguesias conforme situadas em lugar urbano (em regra, aquele que tem uma população igual ou superior a 2 000 habitantes) ou em lugar não urbano (artigo 5.º).

Previu, assim (artigo 6.º, n.º 1):

- a) Em cada município de nível 1 (municípios com densidade populacional superior a 1 000 habitantes por km^2 e com população igual ou superior a 40 000 habitantes), uma redução global do respetivo número de freguesias correspondente a, no mínimo, 55 % do número de freguesias cujo território se situasse, total ou parcialmente, no mesmo lugar urbano ou em lugares urbanos sucessivamente contíguos e 35% do número das outras freguesias;
- b) Em cada município de nível 2 (municípios com densidade populacional superior a 1 000 habitantes por km^2 e com população inferior a 40 000 habitantes, bem como municípios com densidade populacional entre 100 e 1 000 habitantes por km^2 e com população igual ou superior a 25 000 habitantes), uma redução global do respetivo número de freguesias correspondente a, no mínimo, 50% do número de freguesias cujo território se situasse, total ou parcialmente, no mesmo lugar urbano ou em lugares urbanos sucessivamente contíguos e 30% do número das outras freguesias;
- c) Em cada município de nível 3 (municípios com densidade populacional entre 100 e 1 000 habitantes por km^2 e com população inferior a 25 000 habitantes, bem como municípios com densidade populacional inferior a 100 habitantes por km^2), uma redução global do respetivo número de freguesias correspondente a, no mínimo, 50% do número de freguesias cujo território se situasse, total ou parcialmente, no mesmo lugar urbano ou em lugares urbanos sucessivamente contíguos e 25% do número das outras freguesias.

As freguesias deviam ter escala e dimensão demográfica adequadas, que correspondessem indicativamente ao máximo de 50 000 habitantes e aos mínimos de [artigo 8.º, alínea c)]:

- i) Nos municípios de nível 1, 20 000 habitantes por freguesia no lugar urbano e 5000 habitantes nas outras freguesias;

- ii) Nos municípios de nível 2, 15 000 habitantes por freguesia no lugar urbano e 3000 nas outras freguesias;
- iii) Nos municípios de nível 3, 2500 habitantes por freguesia no lugar urbano e 500 habitantes nas outras freguesias.

Da reorganização administrativa do território das freguesias não podia resultar a existência de freguesias com um número inferior a 150 habitantes (artigo 6.º, n.º 2).

A assembleia municipal deliberava sobre a reorganização administrativa do território das freguesias, através de pronúncia (artigo 11.º, n.ºs 1 e 3).

As assembleias de freguesia apresentavam pareceres sobre a reorganização administrativa territorial autárquica, os quais, quando conformes com os princípios e os parâmetros definidos na lei, deviam ser ponderados pela assembleia municipal no quadro da preparação da sua pronúncia (artigo 11.º, n.º 4).

No exercício da pronúncia, a assembleia municipal gozava de uma margem de flexibilidade que lhe permitia, em casos devidamente fundamentados, propor uma redução do número de freguesias do respetivo município até 20% inferior ao número global de freguesias a reduzir resultante da aplicação das percentagens previstas no n.º 1 do artigo 6.º; e, em casos devidamente fundamentados, a assembleia municipal podia alcançar a redução global do número de freguesias prevista na lei, aplicando proporções diferentes das consagradas no n.º 1 do artigo 6.º (artigo 7.º, n.ºs 1 e 2).

Tanto a pronúncia das assembleias municipais, como, quando emitidos, os pareceres das assembleias de freguesia faziam parte, conforme referiu o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 391/2012, de um “procedimento complexo”, o qual visava “promover a participação de órgãos das autarquias mediante parecer das assembleias de freguesia (parecer obrigatório e não vinculativo) e pronúncia das assembleias municipais (pronúncia não vinculativa) previamente ao exercício da competência legislativa por parte da Assembleia da República [...]”.

Mas, com exceção dos municípios com quatro ou menos freguesias, a deliberação da assembleia municipal que não promovesse a agregação de freguesias era equiparada a ausência de pronúncia (artigo 14.º, n.º 2).

Por outro lado, a Lei n.º 22/2012 criou a Unidade Técnica para a Reorganização Administrativa do Território, que funcionou junto da Assembleia da República (artigo 13.º), à qual competiu (artigo 14.º, n.º 1):

- a) Acompanhar e apoiar a Assembleia da República no processo de reorganização administrativa territorial autárquica;

- b) Apresentar à Assembleia da República propostas concretas de reorganização administrativa do território das freguesias, em caso de ausência de pronúncia das assembleias municipais;
- c) Elaborar parecer sobre a conformidade ou desconformidade das pronúncias das assembleias municipais com o disposto na lei e apresentá-lo à Assembleia da República;
- d) Propor às assembleias municipais, no caso de desconformidade da respetiva pronúncia, projetos de reorganização administrativa do território das freguesias.

Pode suscitar-se a questão de saber se a Lei n.º 22/2004 é uma lei que, nos termos do artigo 164.º, alínea *n*), da Constituição da República Portuguesa (CRP), versa sobre o regime de criação, extinção e modificação de autarquias locais. E a pergunta é pertinente, porquanto ela revogou, no seu artigo 21.º, a Lei n.º 11/82, de 2 de junho (regime jurídico de criação e extinção de autarquias locais) e a Lei n.º 8/93, de 5 de março (regime jurídico de criação de freguesias).

A agregação de freguesias (a que procedeu o artigo 4.º), a fusão de municípios (segundo o artigo 16.º) e a redefinição dos limites territoriais dos municípios (artigo 17.º) correspondem, seguramente, a formas de criação, modificação e extinção de autarquias locais. Mas elas não esgotam as hipóteses, teoricamente possíveis, embora incompatíveis com os desígnios desta reforma, de criação originária de freguesias e municípios, por desagregação dos existentes. Nem parece que o legislador de 2012 tenha pretendido impedir, daqui para a frente, e de uma vez por todas, a formação de novas freguesias e de novos municípios.

A isto acresce que há matérias que constavam daquelas duas leis revogadas e que não constam na nova lei: as concernentes à designação e à alteração de categorias de povoações (artigo 2.º da Lei n.º 11/82), aos critérios sobre elevação de povoações a vilas ou a cidades (artigos 12.º a 15.º), aos critérios a ter em conta na apreciação de iniciativas legislativas de criação de freguesias (artigos 3.º, 4.º e 5.º da Lei n.º 8/93, só em parte cobertos pelo artigo 5.º da Lei n.º 22/2012) e ao respetivo processo (artigos 7.º e seguintes).

Donde, emergirem vazios legislativos, que poderão, segundo Jorge Miranda, redundar numa inconstitucionalidade por omissão, em face da *imposição legiferante* constante da alínea *n*) do artigo 164.º da CRP³.

³ Jorge MIRANDA (2013), “As Freguesias, a Constituição e as Leis n.º 22/2012, de 30 de maio, e 11-A/2013, de 28 de janeiro”, em *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, (Organizadores), F. ALVES CORREIA, J. CALVÃO DA SILVA, J. C.

Uma outra questão é a de saber se a Lei n.º 22/2012 respeita as regras e os princípios constitucionais que regem a extinção (e a modificação) de freguesias. A resposta tem de ser afirmativa, porquanto a Constituição não assegura a subsistência de todas e quaisquer freguesias existentes em certo tempo; garante, sim, a freguesia como autarquia local, a divisão do território por municípios e por freguesias e em número suficientemente significativo para lhes emprestar efetividade. Por isso, aquela lei apenas seria inconstitucional se, em clara violação do *princípio da proporcionalidade*, eliminasse um número manifestamente excessivo e irrazoável de freguesias. Ademais, a lei previu, como foi sublinhado, quer a audição das assembleias municipais (artigos 6.º, n.º 4, 7.º e 11.º), quer das assembleias de freguesia (artigo 11.º, n.º 4), mediante “pronúncias”, “deliberações” e “pareceres”, respeitando, assim, o artigo 249.º da CRP.

Sublinhe-se, como nota final, que a *reorganização administrativa de Lisboa*, através de uma reconfiguração do mapa das freguesias, com a fusão de várias delas e a criação de outras, em resultado da fusão, foi objeto de uma lei especial – a Lei n.º 56/2012, de 8 de novembro, modificada, pontualmente, pela Lei n.º 85/2015, de 7 de agosto –, aprovada com base num *consenso* entre os vários partidos representados na Assembleia Municipal de Lisboa.

III. A REFORMA TERRITORIAL SUPRAMUNICIPAL E REGIONAL

Como é sobejamente conhecido, a territorialização das políticas públicas é encarada cada vez mais como um fator-chave na gestão eficiente dos processos de desenvolvimento económico e social. Ora, a dimensão territorial dos municípios portugueses é inadequada para a prossecução daquele propósito. Falhado o objetivo da criação de regiões administrativas no continente de Portugal, em consequência do referendo do dia 8 de novembro de 1998, teve o legislador de lançar mão de uma *reforma territorial supramunicipal e regional* suscetível de colmatar as lacunas da inexistência daquela espécie de autarquias locais.

Fê-lo através das seguintes vias: a criação de órgãos desconcentrados (*desconcentração vertical*), de nível regional, que são as comissões de coordenação e desenvolvimento regional (CCDR); a criação de *entidades intermuni-*

VIEIRA DE ANDRADE, J. J. GOMES CANOTILHO, J. M. CARDOSO DA COSTA, Coimbra, Almedina, pp. 423-446.

cipais, nas modalidades de áreas metropolitanas e de *comunidades intermunicipais*⁴; e o reforço das *associações de municípios e de freguesias de fins específicos*.

Estas figuras organizatórias têm sido capazes de cumprir alguns dos fins das regiões administrativas, em termos de se poder falar, no nosso País, de “uma regionalização sem regiões administrativas”⁵.

3.1. As comissões de coordenação e desenvolvimento regional (CCDR)

As comissões de coordenação e desenvolvimento regional (CCDR) são serviços periféricos da administração direta do Estado, no âmbito da Presidência do Conselho de Ministros (artigo 10.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 86-A/2011, de 12 de julho, na redação do Decreto-Lei n.º 119/2013, de 21 de agosto), dotados de autonomia administrativa e financeira, que têm por missão assegurar a coordenação e a articulação das diversas políticas setoriais de âmbito regional, bem como executar as políticas de ambiente, de ordenamento do território e cidades, e apoiar tecnicamente as autarquias locais e as suas associações, ao nível das respetivas áreas geográficas de atuação (artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 228/2012, de 25 de outubro, na redação do Decreto-Lei n.º 68/2014, de 8 de maio). As CCDR são regidas atualmente pelo Decreto-Lei n.º 228/2012, alterado pelo Decreto-Lei n.º 68/2014, tendo sucedido às comissões de coordenação regional (CCR), criadas pelo Decreto-Lei n.º 494/79, de 21 de dezembro, e incorporado, em determinada altura, as direções regionais do ambiente e do ordenamento do território (DRAOT). O regime das CCDR foi sofrendo várias alterações ao longo dos anos.

As áreas geográficas de atuação das CCDR (previstas no Anexo I do Decreto-Lei n.º 228/2012) correspondem ao nível II da Nomenclatura das Unidades Territoriais para Fins Estatísticos (NUTS) do Continente, tal como definidas no Decreto-Lei n.º 46/89, de 15 de Fevereiro, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.ºs 163/99, de 13 de maio, 317/99, de 11 de agosto, e 244/2002, de 5 de novembro, e pela Lei n.º 21/2010, de 23 de agosto (artigo 1.º, n.ºs 4 e 7, do Decreto-Lei n.º 228/2012).

⁴ A Lei n.º 77/2015, de 29 de julho, estabelece o regime jurídico da organização dos serviços das entidades intermunicipais e o estatuto do respetivo pessoal dirigente.

⁵ F. ALVES CORREIA (2014), “A Regionalização em Portugal Continental: Regionalização sem Regiões Administrativas?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 3988, pp. 3-13; IDEM (2008), *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, Coimbra. Almedina, pp. 229-234 e 244-251.

As comissões de coordenação e desenvolvimento regional são em número de cinco: a CCDR do Norte, com sede no Porto; a CCDR do Centro, com sede em Coimbra; a CCDR de Lisboa e Vale do Tejo, com sede em Lisboa; a CCDR do Alentejo, com sede em Évora; e a CCDR do Algarve, com sede em Faro (n.º 6 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 228/2012).

As CCDR exercem importantes missões nos domínios do ambiente, do ordenamento do território e cidades e do desenvolvimento regional, no âmbito das circunscrições territoriais respetivas. Tais missões estão elencadas no artigo 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 228/2012, alterado pelo Decreto-Lei n.º 68/2014. São elas as seguintes: contribuir para a definição da política de desenvolvimento regional no quadro da política de desenvolvimento económico e social do País, dinamizando e participando nos processos de planeamento estratégico de base territorial, bem como fomentar parcerias entre agentes regionais, desenvolver estudos de articulação de políticas setoriais no espaço regional e elaborar programas integrados visando a coesão e a competitividade territoriais; assegurar a articulação entre instituições da administração direta do Estado, autarquias locais e entidades equiparadas e dinamizar a cooperação inter-regional transfronteiriça, contribuindo para a integração europeia do espaço regional e para o reforço da sua competitividade, com base em estratégias de desenvolvimento sustentável de níveis regional e local; promover e garantir uma adequada articulação intersetorial entre os serviços desconcentrados de âmbito regional, em termos de concertação estratégica e de planeamento das intervenções de natureza ambiental, económica e social, numa ótica de desenvolvimento regional; apoiar tecnicamente as autarquias locais e as suas associações; executar, avaliar e fiscalizar, ao nível regional, as políticas de ambiente e de ordenamento do território; garantir a elaboração, acompanhamento e avaliação dos instrumentos de gestão territorial, assegurando a sua articulação com os instrumentos de gestão territorial de âmbito nacional e regional; assegurar o cumprimento das responsabilidades de gestão que lhes sejam confiadas no âmbito da política de coesão da União Europeia em Portugal; e dinamizar e promover, na respetiva região, as necessárias políticas públicas com o objetivo de contribuir para a sua competitividade económica e social e para a sustentabilidade.

Uma das tarefas mais importantes das CCDR é a da gestão dos programas operacionais regionais do continente dos fundos europeus estruturais e de investimento para o período 2014-2020 (Resolução do Conselho de Ministros n.º 39/2013, de 14 de junho).

Os órgãos de gestão das CCDR são o *presidente*, coadjuvado por dois *vice-presidentes*, o *fiscal único*, o *conselho de coordenação intersetorial* e

o *conselho regional*. O primeiro exerce, para além de outras competências que lhe sejam conferidas por lei ou que nele sejam delegadas ou subdelegadas, as funções de gestão do programa operacional regional, nomeadamente superintendendo a respetiva estrutura de apoio técnico, de participação nos órgãos e mecanismos de governação da política de coesão e outras políticas da União Europeia e de presidência do conselho de coordenação intersetorial.

O *fiscal único* é o órgão responsável pelo controlo da legalidade, da regularidade e da gestão financeira e patrimonial da CCDR. O *conselho de coordenação intersetorial* é o órgão que promove a coordenação técnica da execução das políticas da administração central, à escala da região, sendo composto pelo presidente da CCDR, que preside, pelos dirigentes máximos dos serviços locais desconcentrados da administração central do Estado e dos serviços periféricos da administração direta e indireta do Estado para várias áreas setoriais e pelos presidentes das juntas metropolitanas e das comunidades intermunicipais (*rectius*, pelos presidentes dos conselhos metropolitanos e dos conselhos intermunicipais, tendo em conta, como se verá *infra*, a atual estrutura dos órgãos das áreas metropolitanas e das comunidades intermunicipais). Finalmente, o *conselho regional* é o órgão consultivo da CCDR representativo dos vários interesses e entidades relevantes para a prossecução dos seus fins, composto pelos presidentes das câmaras municipais abrangidas na área de atuação da respetiva CCDR e por representantes de uma pluralidade de entidades, como, por exemplo, organizações patronais e sindicais e universidades (artigos 3.º a 7.º do Decreto-Lei n.º 228/2012).

3.2. As entidades intermunicipais

3.2.1. As áreas metropolitanas de Lisboa e Porto

O artigo 236.º, n.º 3, da CRP prevê a possibilidade de a lei estabelecer, nas grandes áreas urbanas e nas ilhas, de acordo com as suas condições específicas, outras formas de organização territorial autárquica. Em Portugal, há duas áreas metropolitanas indiscutíveis: Lisboa e Porto. Ambas estavam em condições de acolher o regime especial previsto no n.º 3 do artigo 236.º da CRP, isto é, de serem uma *modalidade específica de autarquias locais*. Não foi, no entanto, o caminho que o legislador seguiu, reservando para as mesmas a natureza de associações públicas de municípios, ainda que com regras particulares.

O regime jurídico das áreas metropolitanas não tem sido o mesmo ao longo dos tempos⁶. O regime atual encontra-se Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro. A mesma veio estabelecer, *inter alia*, um novo regime jurídico das *entidades intermunicipais*, que abrangem as áreas metropolitanas e as *comunidades intermunicipais*, e uma nova disciplina jurídica do *associativismo autárquico*. Aquela lei considera as áreas metropolitanas associações públicas de autarquias locais, ao lado das comunidades intermunicipais e das associações de freguesias e de municípios de fins específicos (artigo 63.º, n.ºs 1 e 2). Porém, seria apressado colocar todas estas entidades no mesmo patamar associativo.

De associação pode falar-se no que diz respeito às associações de freguesias e de municípios de fins específicos e no que diz respeito às comunidades intermunicipais, ainda que quanto a estas a liberdade de associação esteja muito limitada, pois estão pré-configuradas no Anexo II da lei, quanto ao nome, território e municípios que as podem integrar.

As áreas metropolitanas de Lisboa e do Porto são de natureza diferente. Não há quanto a elas liberdade de associação.

Nos termos do artigo 66.º, n.º 1, da Lei n.º 75/2013, as áreas metropolitanas são criadas por lei, que as especifica no Anexo II (Área Metropolitana de Lisboa e Área Metropolitana do Porto). A primeira congrega 18 municípios, com 2 821.876 habitantes. A segunda incorpora 17 municípios, com 1 579.524 habitantes. Não há aqui liberdade de entrada, nem de saída, características próprias do associativismo (artigo 10.º da Carta Europeia da Autonomia Local). É esta uma das especificidades destas “associações públicas de municípios”.

As atribuições das áreas metropolitanas estão definidas no artigo 67.º e dizem respeito a assuntos que são do seu interesse e, assim, aos investimentos públicos que nela incidem; ao planeamento e à gestão da estratégia de desenvolvimento do território respetivo; aos fundos da União Europeia de apoio ao desenvolvimento regional; aos transportes, águas, energia e tratamento de resíduos sólidos e de águas residuais no âmbito da área metropolitana em causa; aos equipamentos de saúde, culturais e desportivos; à educação e formação profissional; ao ordenamento do território e ao ambiente; à segurança e proteção civil. De notar, no entanto, que os poderes que a lei confere nestes domínios não são, por via de regra, poderes decisórios próprios de uma autarquia local, mas, antes, poderes de participação, de promoção e de articulação entre os municípios da região e os ser-

⁶ A. CÂNDIDO DE OLIVEIRA (2013), *Direito das Autarquias Locais*, 2.ª ed., Coimbra. Coimbra Editora, pp. 353-358.

viços da administração central, o que limita muito a ação destas entidades. De poderes decisórios apenas se pode falar quando as áreas metropolitanas de Lisboa e Porto exercem as atribuições transferidas pela administração central e exercem em comum competências delegadas pelos municípios que as integram (artigo 67.º, n.º 3, da Lei n.º 75/2013).

São órgãos das áreas metropolitanas o *conselho metropolitano*, a *comissão executiva metropolitana* e o *conselho estratégico para o desenvolvimento metropolitano*.

O *conselho metropolitano* é o órgão deliberativo da área metropolitana e é constituído pelos presidentes das câmaras municipais dos municípios que dela fazem parte, tendo mensalmente reuniões ordinárias que são públicas, tais como as extraordinárias que forem convocadas por iniciativa do seu presidente ou a requerimento de um terço dos seus membros (artigos 69.º e 70.º). Tem poderes de aprovação de planos metropolitanos em várias áreas que se revestem da maior importância, mas que dependem ainda de diplomas que venham a definir os respetivos regimes jurídicos [artigo 71.º, n.º 1, al. d)].

A *comissão executiva metropolitana* é o órgão executivo da área metropolitana, constituída por um primeiro-secretário e por 4 secretários metropolitanos (artigo 73.º). Estes são eleitos, o que é uma novidade, nos termos do artigo 74.º, pelas assembleias municipais da área em causa com base numa proposta elaborada e aprovada pelo conselho metropolitano. Este órgão reúne quinzenalmente e as suas reuniões não são públicas. Exige-se muito deste órgão e, por isso, os seus membros têm um estatuto remuneratório definido no artigo 77.º. Está-lhes vedado, por força do n.º 7 deste artigo, o exercício de quaisquer cargos nos órgãos de soberania ou nas autarquias locais. O conselho metropolitano acompanha e fiscaliza a atividade da comissão executiva metropolitana [alínea e) do n.º 1 do artigo 71.º] e pode deliberar sobre a demissão da mesma (n.º 2 do mesmo artigo).

O *conselho estratégico para o desenvolvimento metropolitano* (artigo 78.º) é um órgão de natureza consultiva constituído por representantes das instituições, entidades e organizações com relevância e intervenção no domínio dos interesses metropolitanos. A sua composição é definida pelo conselho metropolitano.

3.2.2. *As comunidades intermunicipais*

As *comunidades intermunicipais* são também associações públicas de autarquias locais para a prossecução conjunta das respetivas atribuições.

Os municípios têm liberdade de integrar ou não uma comunidade intermunicipal e podem abandoná-la em qualquer momento. Não há, no entanto, nenhum município do continente que não esteja integrado numa comunidade intermunicipal. Os municípios não são, no entanto, livres de integrar esta ou aquela comunidade intermunicipal, definindo a Lei n.º 75/2013, no Anexo II, os municípios integrantes das 21 comunidades intermunicipais e as designações delas (artigo 66.º, n.º 2). As áreas geográficas correspondem às unidades territoriais definidas com base nas nomenclaturas das Unidades Territoriais Estatísticas de nível III (NUTS III).

A constituição das comunidades intermunicipais compete às câmaras municipais, ficando a eficácia do acordo constitutivo, que define os seus estatutos, dependente da aprovação pelas assembleias municipais. Este acordo constitutivo é um *contrato* regido pelo direito civil, sendo outorgantes os presidentes das câmaras municipais envolvidas. Os estatutos de cada comunidade intermunicipal estabelecem obrigatoriamente: a denominação, a sede e a composição da comunidade intermunicipal; os fins desta; os bens, serviços e demais contributos com que os municípios concorrem para a prossecução das suas atribuições; a estrutura orgânica e o modo de designação e de funcionamento dos seus órgãos; e a competência dos seus órgãos (artigo 80.º).

As atribuições das comunidades intermunicipais não envolvem competências decisórias, a não ser as que se relacionam com o exercício de atribuições transferidas pela administração estadual e o exercício em comum das competências delegadas pelos municípios que as integram. Tais atribuições são: a promoção do planeamento e da gestão estratégica de desenvolvimento económico, social e ambiental do território abrangido; a articulação dos investimentos municipais de interesse intermunicipal; a participação na gestão de programas de apoio ao desenvolvimento regional, designadamente no âmbito dos fundos estruturais e de investimento da União Europeia; o planeamento das atuações de entidades públicas, de carácter supramunicipal; e a articulação das atuações entre os municípios e os serviços da administração central em diversas áreas, como sejam, as redes de abastecimento público, infraestruturas de saneamento básico, tratamento de águas residuais e resíduos, a rede de equipamentos de saúde, a rede educativa e de formação profissional, o ordenamento do território, a conservação da natureza e os recursos naturais, a segurança e a proteção civil, a mobilidade e transportes, as redes de equipamentos públicos, a promoção do desenvolvimento económico-social e cultural e a rede de equipamentos culturais, desportivos e de lazer (artigo 81.º).

Os órgãos da comunidade intermunicipal são a *assembleia intermunicipal*, o *conselho intermunicipal*, o *secretariado executivo intermunicipal* e o *conselho estratégico para o desenvolvimento intermunicipal* (artigo 82.º). A primei-

ra é constituída por membros de cada assembleia municipal, cujo número varia entre dois e oito, conforme o número de eleitores de cada município integrante da comunidade intermunicipal. As suas competências mais importantes são a aprovação, sob proposta do conselho intermunicipal, das opções do plano, do orçamento e das suas revisões e dos documentos de prestação de contas, bem como a eleição, sob proposta do conselho intermunicipal, do secretariado executivo intermunicipal (artigos 83.º a 87.º).

O segundo é constituído pelos presidentes das câmaras municipais dos municípios que integram a comunidade intermunicipal e tem como competências, entre outras, definir e aprovar as opções políticas e estratégicas da comunidade intermunicipal, submeter à assembleia intermunicipal a proposta do plano de ação da comunidade intermunicipal e o orçamento e as suas alterações e revisões, aprovar os planos, os programas e os projetos de investimento e desenvolvimento de interesse intermunicipal (cujo regime jurídico ainda falta definir em diploma próprio) nas áreas do ordenamento do território, da mobilidade e logística, da proteção civil, da gestão ambiental e da gestão de redes de equipamentos de saúde, educação, cultura e desporto, e propor ao Governo os planos, os programas e os projetos de investimento e desenvolvimento de interesse intermunicipal (artigos 88.º a 92.º).

O terceiro — *o secretariado executivo intermunicipal* — é o órgão executivo da comunidade intermunicipal e é constituído por um primeiro-secretário e, mediante deliberação unânime do conselho intermunicipal, até dois secretários intermunicipais. É eleito pelo conselho intermunicipal e exerce uma panóplia de competências mencionadas no artigo 96.º, todas relacionadas com a gestão da comunidade intermunicipal e a direção dos serviços intermunicipais (artigos 93.º a 97.º).

O quarto — *o conselho estratégico para o desenvolvimento intermunicipal* — é um órgão de natureza consultiva destinado ao apoio ao processo de decisão no domínio dos interesses da comunidade intermunicipal. É constituído por representantes das instituições, entidades e organizações com relevância e intervenção no domínio dos interesses intermunicipais, cabendo ao conselho intermunicipal deliberar sobre a composição em concreto daquele órgão consultivo (artigos 98.º e 99.º)⁷.

3.2.3. *As associações de municípios e freguesias de fins específicos*

A constituição de associações de autarquias locais de *fins específicos*

⁷ P. COSTA GONÇALVES (2014), “As entidades intermunicipais – em especial as comunidades intermunicipais”, *Questões Atuais de Direito Local*, 01. pp. 21-40.

compete aos órgãos executivos colegiais dos municípios ou das freguesias interessados, ficando a *eficácia* do acordo constitutivo, que define os seus estatutos, dependente da aprovação pelos respetivos órgãos deliberativos. As mesmas entidades constituem-se também por *contrato*, nos termos da lei civil, sendo outorgantes os presidentes dos órgãos executivos dos municípios ou das freguesias envolvidos (artigo 108.º, n.ºs 1 e 2).

A lei reconhece aos municípios e freguesias que celebram o acordo constitutivo das *associações de fins específicos* uma ampla *liberdade estatutária*, já que são os *estatutos* por eles aprovados que especificam a denominação, incluindo a menção “associação de municípios” ou “associação de freguesias”, consoante os casos, a sede e a composição da mesma; os fins da associação; os bens, os serviços e os demais contributos com que os municípios ou as freguesias concorrem para a prossecução das suas atribuições; as competências dos seus órgãos; a estrutura orgânica e o modo de designação e funcionamento dos seus órgãos; a duração, quando a associação de municípios (ou de freguesias) não se constitua por tempo indeterminado; e os direitos e obrigações dos municípios ou freguesias associados, as condições da sua saída e exclusão e da admissão de novos municípios ou freguesias, bem como os termos da extinção da associação e da consequente divisão do seu património (artigo 109.º, n.ºs 1 e 2).

As associações de autarquias locais de fins específicos regem-se pelo disposto na Lei n.º 75/2013 e na demais legislação aplicável às pessoas coletivas públicas, bem como pelo disposto nos respetivos estatutos e regulamentos internos, mas estão, no entanto, sujeitas, quaisquer que sejam as particularidades dos seus *estatutos* e do seu regime de gestão, *inter alia*, aos princípios constitucionais de direito administrativo, aos princípios gerais da atividade administrativa, ao código do procedimento administrativo, ao código dos contratos públicos, às leis do contencioso administrativo e ao regime da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas (artigo 110.º)⁸.

IV. O REFORÇO DA DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

Como é sabido, a administração autónoma territorial está corporizada nas *autarquias locais* e nas *regiões autónomas* dos Açores e da Madeira – embora estas não sejam assimiláveis àquela, na medida em que são uma expressão da autonomia política e administrativa e estão dotadas de órgãos de governo próprios, para além de comportarem no seu âmbito territorial

⁸ F. ALVES CORREIA (1978), *Formas Jurídicas de Cooperação Intermunicipal*, Coimbra. Almedina.

duas espécies de autarquias locais, as freguesias e os municípios. Caracterizadas como pessoas coletivas de população e território, as autarquias locais são definidas pela CRP como “pessoas coletivas territoriais dotadas de órgãos representativos que visam a prossecução de interesses próprios das populações respetivas” (artigo 235.º, n.º 2). A CRP prevê, desde a sua versão originária, a existência no continente português de três autarquias locais: as freguesias, os municípios e as regiões administrativas (artigo 236.º, n.º 1). Mas, passados trinta e nove anos sobre a data da CRP (1976), continua a inexistir em Portugal continental aquela autarquia local intermédia entre o município e o Estado.

Nos termos dos artigos 6.º, n.º 1, e 237.º, n.º 1, da CRP, as *atribuições* das autarquias locais são definidas de harmonia com os princípios da *descentralização administrativa* (ou seja, mediante a transferência de um núcleo substancial de tarefas do Estado para as autarquias locais, tendo por finalidade reforçar a sua atuação, aprofundar a participação dos cidadãos na vida pública, promover a eficiência e a eficácia da gestão pública e assegurar os direitos dos particulares) e da *subsidiariedade* (isto é, com base no reconhecimento de que as funções administrativas devem ser exercidas pelo nível da administração melhor colocado para os prosseguir com racionalidade, eficácia e proximidade dos cidadãos). Para o exercício das suas *atribuições*, dispõem as várias espécies de autarquias locais de órgãos que expressam a vontade destes entes públicos e estão dotados de um acervo de *competências*, o mesmo é dizer de um naipe de *poderes funcionais*⁹.

Mas estas competências não são algo de estático, antes devem ser objeto de um contínuo *reforço e aprofundamento*. Aprofundamento que é necessário promover em Portugal, pois este é um dos Estados mais centralizados da União Europeia. De facto, no nosso País, de acordo com os dados do Eurostat e da OCDE, o peso da administração local no total da administração pública era, em 2011, em média 10 pontos percentuais inferior à média da União Europeia.

A Lei n.º 75/2013 prevê, no seu Título IV, o reforço da *descentralização administrativa*. Esse reforço visa, conforme prescreve no seu artigo

⁹ D. FREITAS DO AMARAL (2010), *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra. Almedina; J. J. GOMES CANOTILHO e Vital MOREIRA (2010), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II., Coimbra. Coimbra Editora; Vital MOREIRA (2010), *Administração Pública Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra. Coimbra Editora; J. CASALTA NABAIS (2010), *Estudos Sobre Autonomias Territoriais, Institucionais e Cívicas*, Coimbra. Almedina; J. MELO ALEXANDRINO (2010), “Direito das Autarquias Locais”, em *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. IV, (Coordenadores) Paulo OTERO e Pedro GONÇALVES, Coimbra. Almedina.

112.º, “a aproximação das decisões aos cidadãos, a promoção da coesão territorial, o reforço da solidariedade inter-regional, a melhoria da qualidade dos serviços prestados às populações e a racionalização dos recursos disponíveis”. E, no artigo 113.º, determina a mesma lei que “o Estado concretiza a descentralização administrativa promovendo a transferência progressiva, contínua e sustentada de competências em todos os domínios dos interesses próprios das populações das autarquias locais e das entidades intermunicipais, em especial no âmbito das funções económicas e sociais”.

Aquela lei consagra dois mecanismos de *descentralização do Estado nos municípios e entidades intermunicipais*: a *transferência de competências através de lei* (artigos 111.º a 115.º) e a *delegação de competências por meio da celebração de contratos interadministrativos* (artigos 116.º a 127.º)¹⁰. O regime da delegação de competências nos municípios e entidades intermunicipais no *domínio das funções sociais do Estado* (educação, saúde, segurança social e cultura), através da celebração de contratos interadministrativos, foi desenvolvido e aprofundado pelo Decreto-Lei n.º 30/2015, de 12 de fevereiro. De acordo com os n.ºs 2 e 3 do artigo 2.º deste diploma legal, a contratualização da delegação de competências pode ser realizada de modo gradual e faseado, através de projetos-piloto, iniciando-se com um número limitado de municípios ou entidades intermunicipais, o qual pode ser depois eventualmente alargado conforme os resultados da avaliação da implementação daqueles projetos, sem prejuízo de ser assegurada a representatividade e a diversidade territoriais e demográficas dos projetos-piloto e de ser respeitada a igualdade e não discriminação dos municípios interessados. Seguindo este *modus agendi*, foram celebrados, recentemente, *contratos interadministrativos* entre o Estado e 13 municípios de delegação de competências nos domínios das referidas *funções sociais do Estado*. A delegação de competências (que deve ser, tal como no caso da transferência por lei, acompanhada dos recursos financeiros adequados) do Estado nos municípios *pela via contratual* constitui um mecanismo mais consentâneo com o *princípio da autonomia local*, porquanto as novas competências não são impostas aos municípios, como sucede quando se opta pela via legislativa, mas *consensualizadas* entre os dois entes públicos territoriais contratantes. Todavia, não tem caráter *definitivo* e *universal*, como a transferência de competências através de lei (artigo 114.º da Lei n.º 75/2013), antes pode cessar por *caducidade*, *revogação* ou *resolução* do *contrato interadministrativo* que a concretiza (artigo 123.º da Lei n.º 75/2013).

¹⁰ A Lei n.º 75/2013 regula também a delegação de competências dos municípios nas entidades intermunicipais e nas freguesias (artigos 128.º a 136.º), mas deste tema não curamos aqui.

V. CONCLUSÃO

Fazendo um curtíssimo balanço das três reformas da administração local abordadas nesta breve comunicação, importa referir, quanto à *reorganização administrativa territorial autárquica*, que a mesma ficou muito aquém do que era necessário. Não só deixou de fora os municípios, como, relativamente à agregação de freguesias, não foram adotados os critérios mais adequados. Mas ela teve, pelo menos, o mérito de demonstrar que é possível e desejável realizar, no nosso País, uma verdadeira reorganização administrativa territorial autárquica, desde que haja vontade política nesse sentido.

No tocante à *reforma territorial supramunicipal e regional*, deve salientar-se que a *ausência* de regiões administrativas no continente português levou o legislador a lançar mão de uma organização territorial do Estado que privilegiasse a criação de entidades de âmbito supramunicipal e regional, de modo a ultrapassar os constrangimentos decorrentes da escassa dimensão territorial dos 278 municípios em que se divide aquela parte de Portugal.

Mas, mesmo dentro da filosofia da organização territorial adotada pelo legislador, poderia este ter ido mais longe. Em primeiro lugar, quanto às CCDR — que abrangem cinco grandes áreas territoriais do continente —, o legislador poderia conceder-lhes personalidade jurídica, passando a considerá-las institutos públicos (pessoas coletivas públicas institucionais) e a enquadrá-las no fenómeno da desconcentração personalizada. E poderia o legislador envolver os presidentes das câmaras municipais dos municípios existentes nas áreas geográficas das CCDR na escolha dos respetivos presidentes.

No que respeita às Áreas Metropolitanas de Lisboa e do Porto, seria vantajoso que o legislador aproveitasse a abertura da norma do artigo 236.º, n.º 3, da CRP e as transformasse em “formas específicas de organização territorial autárquica”, com ganhos enormes no domínio da *legitimidade democrática direta* dos seus órgãos e do reconhecimento de um amplo leque de *competências decisórias* para a prossecução de interesses próprios das populações das áreas metropolitanas.

E no que tange às *comunidades intermunicipais*, teria sido útil que o legislador lhes reconhecesse um conjunto de *competências decisórias* em matérias de ordenamento do território, urbanismo, ambiente, desenvolvimento regional e investimentos públicos. Saliente-se que esta possibilidade de o legislador conferir às associações públicas de municípios “atribuições

e competências próprias” para a administração de interesses comuns é expressamente autorizada pelo artigo 253.º da CRP¹¹.

Seja como for, as CCDR, cuja área territorial corresponde às NUTS II, e as áreas metropolitanas de Lisboa e Porto e as comunidades intermunicipais, cujas áreas territoriais correspondem, por via de regra, às NUTS III, têm vindo a desempenhar um papel importante como escalas de gestão regional e sub-regional dos fundos comunitários. Assim sucedeu no âmbito do III Quadro Comunitário de Apoio (QCA III) e do Quadro de Referência Estratégico Nacional 2007-2013 (QREN) e prevê-se que seja aprofundado na gestão dos Fundos Europeus 2014-2020.

Finalmente, no que concerne ao reforço da descentralização administrativa, pretendemos acentuar que as soluções consagradas na Lei n.º 75/2013

¹¹ Sublinhe-se que a Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo (Lei n.º 31/2014, de 30 de maio) veio reforçar a cooperação intermunicipal nos domínios do ordenamento do território e do urbanismo, prevendo figuras planificatórias elaboradas e aprovadas por dois ou mais municípios territorialmente contíguos integrados na mesma comunidade intermunicipal (salvo situações excecionais, autorizadas pelo membro do Governo responsável pela área do ordenamento do território, após parecer das comissões de coordenação e desenvolvimento regional), que assumem as seguintes modalidades: os programas intermunicipais (de elaboração facultativa), que abrangem dois ou mais municípios territorialmente contíguos integrados na mesma comunidade intermunicipal e que asseguram a articulação entre o programa regional e os planos territoriais de nível intermunicipal ou municipal, contendo opções estratégicas de organização do território e investimento público, suas prioridades e programação, em articulação com as estratégias definidas nos programas territoriais de âmbito nacional, setorial e regional, definindo, ademais, orientações para os planos de âmbito intermunicipal ou municipal; os planos diretores intermunicipais, que estabelecem, de modo coordenado, a estratégia de desenvolvimento territorial intermunicipal, o modelo territorial intermunicipal, as opções de localização e de gestão de equipamentos de utilização pública locais e as relações de interdependência entre dois ou mais municípios territorialmente contíguos, e cuja aprovação dispensa a elaboração de planos diretores municipais, substituindo-os; e os planos de urbanização intermunicipais e os planos de pormenor intermunicipais, que abrangem parte de território contíguo dos municípios a que respeitam (cf. o artigo 42.º daquela lei). Para mais desenvolvimentos, ALVES CORREIA, F. (2014), “A Nova Lei de Bases Gerais da Política de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo. Alguns Princípios Gerais”, *Revista do CEDOUA*, 34, pp. 9-21.

Acrescente-se que os planos territoriais de âmbito intermunicipal (que são o plano diretor intermunicipal, o plano de urbanização intermunicipal e o plano de pormenor intermunicipal) estão dotados de eficácia plurisubjetiva, o mesmo não sucedendo com o programa intermunicipal (cf. o artigo 46.º da mesma lei).

Estas e outras matérias foram desenvolvidas e aprofundadas no novo Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJIGT), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio (cfr., em especial, os artigos 2.º e 3.º e 61.º a 114.º).

e no Decreto-Lei n.º 30/2015 são positivas. Todavia, consideramos que a delegação de competências pela via de contrato interadministrativo não configura uma *descentralização administrativa* em sentido técnico-jurídico – que, por natureza, tem caráter definitivo e universal –, mas, ao invés, uma “descentralização precária”, que deverá ser designada, de forma mais própria, por *delegação de competências* entre o Estado e os municípios.

BIBLIOGRAFIA

- ALVES CORREIA, F. (2014), “A Regionalização em Portugal Continental: Regionalização sem Regiões Administrativas?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 3988; (2008), *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, Coimbra. Almedina; (1978), *Formas Jurídicas de Cooperação Intermunicipal*, Coimbra. Almedina; (2014), “A Nova Lei de Bases Gerais da Política de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo. Alguns Princípios Gerais”, *Revista do CEDOUA*, 34.
- BLANCO DE MORAIS, C., (2014), *Curso de Direito Constitucional*, Tomo II, Vol. 2, Coimbra. Coimbra Editora.
- CÂNDIDO DE OLIVEIRA, A., (2013), “A Dinamarca: Duas Profundas Reformas Territoriais da Administração Local Autónoma (1970 e 2007). Brevíssimo Cotejo com a Reforma Portuguesa de 2013”, em *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, (Organizadores) ALVES CORREIA, F., CALVÃO DA SILVA, J., VIEIRA DE ANDRADE, J. C., GOMES CANOTILHO, J. J., CARDOSO DA COSTA, J. M.. Coimbra, Almedina; (2013), *Direito das Autarquias Locais*, 2.^a ed., Coimbra. Coimbra Editora.
- CASALTA NABAIS, J., (2010), *Estudos Sobre Autonomias Territoriais, Institucionais e Cívicas*, Coimbra. Almedina.
- CORREIA BATISTA, E., (2011), “Natureza jurídica dos Memorandos com o FMI e com a União Europeia”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 71.
- COSTA GONÇALVES, P., (2014), “As entidades intermunicipais – em especial as comunidades intermunicipais”, *Questões Atuais de Direito Local*, 01.
- FREITAS DO AMARAL, D., (2010), *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra. Almedina.
- GOMES CANOTILHO, J. J. e MOREIRA, Vital, (2010), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II,, Coimbra. Coimbra Editora.
- MELO ALEXANDRINO, J., (2014), “Jurisprudência da crise. Das questões prévias às perplexidades”, em *O Tribunal Constitucional e a Crise, Ensaios Críticos*, (Organizadores) ALMEIDA RIBEIRO, G. e PEREIRA COUTINHO, L., Coimbra, Almedina; (2010), “Direito das Autarquias Locais”, em *Tratado*

de Direito Administrativo Especial, Vol. IV, (Coordenadores) OTERO, Paulo e GONÇALVES, Pedro, Coimbra. Almedina.

MIRANDA, Jorge, (2013), “As Freguesias, a Constituição e as Leis n.º 22/2012, de 30 de maio, e 11-A/2013, de 28 de janeiro”, em *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, (Organizadores) ALVES CORREIA, F., CALVÃO DA SILVA, J., VIEIRA DE ANDRADE, J. C., GOMES CANOTILHO, J. J., CARDOSO DA COSTA, J. M.. Coimbra, Almedina, Coimbra.

MOREIRA, Vital, (2010), *Administração Pública Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra. Coimbra Editora.

2.

LA REFORMA DEL SISTEMA COMPETENCIAL DE LAS ENTIDADES LOCALES EN ESPAÑA: DE GOBIERNO DEL TERRITORIO A ADMINISTRACIÓN PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS

FEDERICO A. CASTILLO BLANCO
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

Sumario: *I. Introducción: El Planteamiento de la Reforma Local en España. II. Las Competencias Municipales. III. Las Competencias Provinciales. IV. Conclusiones: ¿Son los Entes Locales Solamente un Nivel Administrativo de Prestación de Servicios Públicos?*

I. INTRODUCCIÓN: EL PLANTEAMIENTO DE LA REFORMA LOCAL EN ESPAÑA

Ha sido la crisis económica, a partir de 2008, y con ella el cumplimiento de los objetivos de déficit establecidos en el ámbito de la Unión Europea, quien ha espoleado un debate en prácticamente todos los países del sur de Europa sobre la reforma del sector público que, en lo que nos importa, ha tenido una especial repercusión en el ámbito subnacional en prácticamente todo el ámbito europeo con distintas estrategias y enfoques¹.

¹ M. ARENILLA SAEZ (2012), “El pequeño municipio: núcleo democrático vs. prestación de servicios” en Documento Técnico *Elementos para un debate sobre la reforma institucional de la planta local en el Estado Autonomico*, Fundación Democracia y Gobierno Local, pág. 186, expone que a nivel europeo, algunos países como, entre otros, Alemania, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Italia, Suecia o Francia, han promovido políticas dirigidas a la supresión y fusión de sus entidades locales, con diferentes resultados.

Se pueden constatar, destaca este autor, dos estrategias diferenciadas de fusión de las entidades locales en Europa. La primera es la denominada “estrategia del norte de Europa”, en la que se incluyen países como Suecia, Alemania o Dinamarca. En es-

Ciertamente ese debate no era nuevo entre nosotros ya que, en realidad, hunde sus raíces en el propio surgimiento del moderno régimen local español. Y es que el régimen municipal de tipo uniforme y jerarquizado – elaborado de golpe por la Constituyente francesa en 1789 para Francia, y por las Cortes de Cádiz para España – entrañó una gran operación legislativa de reducción a la unidad de las diversas estructuras locales. En el caso francés determinó la conversión de las parroquias del Antiguo Régimen en municipalidades reconociéndose el derecho de toda comunidad de habitantes en constituirse en unidad administrativa básica lo que ha caracterizado el régimen francés en base a dos notas: uniformidad y multiplicidad de pequeños municipios². Los legisladores de Cádiz, por su parte, tomaron como unidad primera, municipal, el pueblo o los pueblos como había acontecido en Francia. El pueblo será el núcleo local – de vecinos – que constituirá, para el legislador, el sujeto y sostén del régimen municipal.

Lo cierto es que, como he tenido ocasión de exponer en otro sitio³,

tos países el proceso de unificación de las entidades locales se estableció de una forma obligatoria, ofreciendo a los municipios incentivos financieros (denominados “bonos matrimoniales”) para que aceptasen la reforma territorial.

La otra es la “estrategia del sur de Europa”, característica de países como Francia e Italia, y que se basa en el principio de cooperación voluntaria entre los municipios. La posibilidad de fusionar los municipios depende de la voluntariedad de estos. En la mayor parte de los casos, la prestación de servicios públicos por parte de los pequeños municipios exige la creación de entidades intermunicipales o supramunicipales para darles apoyo. Eso ha provocado, en no pocas ocasiones, solapamientos en el ejercicio de funciones, a la par que ineficiencias en la gestión de los recursos.

En torno a los sistemas de gobierno local en Europa hay varios estudios de interés. Puede verse, a este respecto y entre otros, el libro *Crisis Económica y reforma del régimen local*, L. CONSCULLUELA MONTANER y L. MEDINA ALCOZ, Parte V; F. VELASCO CABALLERO (2010), *Gobiernos locales en Estados federales y descentralizados: Alemania, Italia y Reino Unido*, Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona; y, por último, A. MORENO MOLINA (2012), *Local government in the member states of the European Union: a comparative legal perspective*, INAP, Madrid.

² No sin cierto debate. En efecto, R. PARADA VAZQUEZ (2013), *La Administración local en España*, en *Manual de Derecho Local*, Iustel, Madrid, (2ª edición), págs. 28 y ss. ha puesto de manifiesto como la discusión suscitada en 1789 se centró, en uno de sus aspectos, en el número de municipios y cómo los primeros proyectos (THOURRET) eran claramente partidarios de un número muy pequeño de municipios para que no fuese caciqueado por señores, clérigos y notables (de unos 35.000 habitantes y 36 leguas cuadradas), sin perjuicio de la existencia de pequeñas oficinas municipales dependientes de la Municipalidad en cada villa para atender los bienes comunales y las necesidades locales. Será en el último momento, según relata el autor, cuando se impone la tesis de la generalización del sistema municipal a toda villa con la consecuencia de la creación de 44.000 municipios. La consecuencia fue la transformación de la parroquia, creada por la iglesia con otros fines, en una unidad administrativa.

³ F. A. CASTILLO BLANCO (2015), “La reforma del régimen local: racional-

más allá de la necesaria reforma de nuestra planta local que ya adelanto juzgo necesaria y que creo puede ser pacíficamente compartido, que ese debate se plantee como consecuencia de la crisis económica si bien es comprensible dada la experiencia que otros países de nuestro entorno han vivido con la denominada “crisis de la deuda”, no deja de resultar paradójico a la vista de los datos que ofrecía la propia distribución de la deuda pública en los distintos niveles de gobierno. Difícilmente, a la vista de los datos existentes, en esos momentos, se le podía achacar a los municipios, y muy especialmente a los pequeños municipios⁴, la responsabilidad de la abultada deuda pública existente en esos momentos. Desde luego las soluciones a este problema, y sin perjuicio de que sea precisa una reordenación del mapa local, parece que deberían acentuarse en otras direcciones⁵.

Al respecto, creo que puede ser de generalizada coincidencia, y sin perjuicio de que razones de tipo económico favorezcan la reflexión sobre este punto, que otras razones de mayor peso debieran haber motivado una reforma local y, por sobre todo, debieran orientar las eventuales soluciones. Estabilidad presupuestaria si ya que no podemos olvidar la importante reforma constitucional, pero también otros objetivos como son más democracia, más eficacia y mayor rendimiento institucional de nuestro sistema local.

Pero, como digo, el debate sobre el régimen local no es nuevo, aunque en su etapa final se pueden identificar claramente dos periodos con orientaciones radicalmente distintas. Uno, anterior a la crisis económica, en el que se sitúan las reformas de los Estatutos de Autonomía de segunda generación y la nueva forma en que los mismos asumen sus competencias sobre el régimen local, los intentos non natos de alumbrar una nueva legislación básica de régimen local y la legislación autonómica surgida en desarrollo de estos Estatutos caracterizada por un intento de interiorización del régimen local en el ámbito autonómico y una apuesta por el incremento de las competencias y el papel de los gobiernos locales⁶. Y una posterior, como

zación o vuelta atrás”, en el volumen colectivo *Administración Local y energías renovables* (Dir. M. A. TORRES LOPEZ), Editorial Comares, Granada.

⁴ El Informe nº 931 del Tribunal de Cuentas recuerda que el mayor endeudamiento que acontece en la esfera local corresponde a grandes municipios mayores de 50.000 habitantes, Diputaciones Provinciales y Consejos y Cabildos Insulares. No precisamente a los pequeños municipios.

⁵ Véase en este punto el trabajo “La urgente reforma del sector público”, publicado en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 31, 2012 por la Sociedad de Estudios de Derecho Administrativo.

⁶ F. VELASCO CABALLERO (2008), “Reformas en el Derecho Local: qué y quien”, *Anuario de Derecho Municipal*, n.º 2, exponía en ese momento que en 2008 se habían iniciado varias vías de reforma del Derecho local, tanto en las Comunidades

consecuencia de la crisis económica, en que el debate se sitúa en otros términos y se planteó desde una perspectiva diferente, es decir, como reducir el gasto público y frenar el derroche municipal, para algunos, evitando las duplicidades en la gestión de los distintos servicios. Es en esta segunda etapa, cuando se habla de supresión de gobiernos locales, reducción de cargos representativos y personal eventual, etc⁷. No menos cierto es que todo esto, que alentó inicialmente el debate en esta segunda fase, se ha quedado, en gran medida a lo largo de la tramitación de la reforma, en el camino.

Lamentablemente éstas dos visiones, pretensión autonómica de ampliación de competencias sobre el régimen local y reducción del déficit público, han sido las espitas para los distintos intentos de reordenar el régimen local y no, como ha denunciado con sumo acierto a mi juicio Parejo Alfonso, que sea la articulación de esa pieza basal de la arquitectura del Estado la que exige consideraciones más allá de las que han impulsado la reforma acontecida⁸.

Autónomas como en el Estado. Las propuestas de reforma se desarrollan en un nuevo contexto competencial, el marcado por los nuevos Estatutos de Autonomía de 2006-2007, que reparten el “régimen local” entre el Estado y las Comunidades Autónomas no sólo con la técnica bases-desarrollo (como hasta ahora) sino también con el reconocimiento de algunas materias de competencia exclusiva autonómica. En este nuevo marco competencial se deben articular ahora las propuestas. Pese a la fragmentación del cuadro competencial, es conveniente que tanto los estudios académicos como los partidos políticos actúen con una visión global de las reformas, y se ha ido identificando, materia a materia a quién corresponde acometerlas: Estado, Comunidades Autónomas, o las propias entidades locales. Como resultado, y aunque con importantes matices, se va definiendo un cuadro funcional en el que al Estado corresponde definir, sobre todo la forma de gobierno; a cada Comunidad Autónoma (en especial, Andalucía, Cataluña y Aragón) le corresponde el grueso del régimen local; estructura de la planta local; competencias y potestades, relaciones interadministrativa, bienes, empleo público local. Finalmente, a cada entidad local corresponde regular, casi en exclusiva, la organización administrativa propia (incluyendo los instrumentos de empleo público).

Ese debate y esas propuestas parecen, al menos tras las SSTC 31/2010, 132/2012 y 103/2013 que mantienen sin fisuras el carácter bifronte del régimen local y las competencias del Estado a través de la legislación básica para ordenar éste, que han quedado un tanto desdibujadas por la doctrina del tribunal constitucional.

⁷ Cuenta muy bien los distintos hitos de este debate, con los distintos estudios realizados y propuestas efectuadas por distintos organismos institucionales y asociaciones empresariales hasta culminar en el documento del INAP de 25 de mayo de 2012, en torno a la modificación del sistema competencial de los gobiernos locales, R. JIMENEZ ASENSIO (2013), “Estudio introductorio: reforma de la planta local y competencias municipales. Primeras reflexiones de urgencia sobre una propuesta”, en *Documento Técnico. Elementos para un debate sobre la reforma institucional de la planta local en el Estado Autonomico*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, págs. 17 y siguientes

⁸ L. PAREJO ALFONSO (2012), “Crisis financiera estatal, racionalización de la Administración local y desarrollo de la garantía de la autonomía local: comentarios de

El fin de este proceso ha sido un texto definitivamente aprobado antes de finalizar 2013, como se ha dicho precedido de numerosos borradores que han ido tejiendo y destejiendo soluciones aun cuando no se cambió sustancialmente de orientación en su filosofía, que parte de dos premisas que también lucen en la Exposición de Motivos: de un lado, una visión crítica, por complejo y favorecedor de las duplicidades competenciales, del modelo competencial instalado en nuestro país en 1985 tras la adaptación al marco constitucional de la legislación local preconstitucional que hasta ese tardío momento estuvo vigente⁹; de otro, y de acuerdo con los compromisos del gobierno en el ámbito europeo para reducir el déficit público, un pretendido esfuerzo de “racionalizar” la estructura de la Administración Local, a la que se juzgaba sobredimensionada, garantizando su sostenibilidad financiera sin acudir a la supresión forzosa de municipios como se ha realizado en otros países de nuestro entorno con similares problemas financieros¹⁰.

urgencia”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 30.

⁹ La idea que no tiene desde mi punto de vista el más mínimo respaldo constitucional, verbigracia, el principio “una Administración, una competencia” y que subyace explícitamente en el artículo 25.5.

Y es que sencillamente ese principio no existe en la Constitución. No en esta Constitución. El diseño constitucional del régimen competencial de las distintas Administraciones Públicas es, en su mayoría, que el reparto de competencias se realice en régimen de compartición o concurrencia y, como complemento a dicha concepción, el “principio de cooperación”. Las consecuencias de esta idea sobre la reforma finalmente aprobada es evidente y es que el legislador estatal no tiene competencias plenas para fijar las atribuciones de los Ayuntamientos o las Diputaciones e imponer dicha idea. Es obvio, y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, que esa tarea la han de compartir el legislador estatal y autonómico y, por ello, alcanzar esa meta dependerá en gran medida de que la Administraciones autonómicas la hagan suya. En otro caso, la idea, porqué no decirlo también un tanto simple y en determinados casos poco efectiva, de una radical separación en el ejercicio competencial por parte de los distintos niveles de gobierno será de muy difícil puesta en ejecución como ya, trascurridos casi dos años de la misma, se está poniendo de relieve.

¹⁰ Dice así la Exposición de Motivos:

“...la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, diseñó un modelo competencial que ha dado lugar a disfuncionalidades, generando en no pocos supuestos situaciones de concurrencia competencial entre varias Administraciones Públicas, duplicidad en la prestación de servicios, o que los Ayuntamientos presten servicios sin un título competencial específico que les habilite y sin contar con los recursos adecuados para ello, dando lugar al ejercicio de competencias que no tienen legalmente atribuidas ni delegadas y a la duplicidad de competencias entre Administraciones. El sistema competencial de los Municipios españoles se configura en la praxis como un modelo excesivamente complejo, del que se derivan dos consecuencias que inciden sobre planos diferentes.

Por una parte, este sistema competencial municipal hace que se difumine la responsabilidad de los gobiernos locales en su ejercicio y se confunda con los ámbitos

El resultado final, desigual ya que podrían compartirse algunas de las propuestas esbozadas, es un texto legal que consagrará un nivel de gobierno y administración local que dista en cierta medida de la imagen, consolidada tras treinta años de gobiernos municipales democráticos, que la ciudadanía española tiene del papel y la función a desarrollar por las autoridades municipales, por todas las autoridades municipales, atribuyendo a un escalón de este sistema de gobierno local, las diputaciones provinciales con una representación electoral indirecta¹¹, un papel estelar en la construcción territorial del espacio local. Al menos del espacio local que se desenvuelve en el mundo rural¹².

En efecto, dos ideas son relevantes. De un lado, la articulación de un nuevo sistema competencial que parte de una enorme desconfianza hacia los municipios rurales que, como en tiempos, habrán de ser tutelados y gestionados, en lo esencial, por otras entidades que considera más capacitadas técnica y económicamente. De esta forma, se configuran una primera división en el tipo de municipios: el rural, coordinado en la prestación de sus servicios, y pseudotutelado en el ejercicio de sus funciones por las Diputaciones Provinciales en lo que se refiere al ejercicio de sus competencias obligatorias (funcionalmente también podrán serlo respecto de las propias),

competenciales propios de otras Administraciones Públicas, generando, en no pocas ocasiones, el desconcierto de los ciudadanos que desconocen cuál es la Administración responsable de los servicios públicos.

Por otra parte, existe una estrecha vinculación entre la disfuncionalidad del modelo competencial y las haciendas locales. En un momento en el que el cumplimiento de los compromisos europeos sobre consolidación fiscal son de máxima prioridad, la Administración local también debe contribuir a este objetivo racionalizando su estructura, en algunas ocasiones sobredimensionada, y garantizando su sostenibilidad financiera”.

¹¹ Elemento éste que no se ha abordado, pero que es uno en los que más se ha insistido por parte de un importante sector de la doctrina. Véase X. BERNADI I GIL y A. GALÁN GALÁN (2012), *El debate actual sobre las diputaciones provinciales: un análisis de las últimas propuestas electorales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid. El Dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Ley también incide en este aspecto.

¹² También lo confiesa la Exposición de Motivos que, en este punto, arguye:

“Otra de las medidas adoptadas en la Ley es la de reforzar el papel de las Diputaciones Provinciales, Cabildos, Consejos insulares o entidades equivalentes. Esto se lleva a cabo mediante la coordinación por las Diputaciones de determinados servicios mínimos en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes o la atribución a éstas de nuevas funciones como la prestación de servicios de recaudación tributaria, administración electrónica o contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes, su participación activa en la elaboración y seguimiento en los planes económico-financieros o las labores de coordinación y supervisión, en colaboración con las Comunidades Autónomas, de los procesos de fusión de Municipios”.

y por las Comunidades Autónomas, aunque también por el Estado en el ejercicio de sus competencias delegadas; y el urbano, el considerado verdadero municipio. y el que coincide más exactamente con la imagen que la ciudadanía se había hecho de éstos en los últimos treinta años. Y en este, a su vez, es preciso establecer una segunda división que se expresa en regímenes jurídicos distintos para los municipios ordinarios de más de 20.000 habitantes, los denominados municipios de gran población y los regímenes municipales de carácter especial de Madrid y Barcelona. Únase a estos modelos las especialidades derivadas de los regímenes forales que también han sido respetadas en el texto finalmente resultante. Sin embargo, y a pesar de esta aparente diversidad, el modelo uniforme para la mayoría de los municipios sigue siendo, en gran medida, un hecho real a nivel competencial.

Se produce, pues, con la Ley una cierta mutación de las Diputaciones de régimen común que, hasta este momento, tan solo realizaban, bien es cierto que con graves disfunciones y carencias, las competencias de asistencia y/o suplencia de la actividad municipal, fundamentalmente basadas en su consideración constitucional de agrupación de municipios. Ahora, sin embargo, amén de tener algunas competencias propias, asumen la coordinación de una gran parte de la actividad, al menos de los servicios obligatorios, en los municipios inferiores a 20.000 habitantes. Pero todo ello insistiendo más en su carácter de división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado – en este caso la de garantizar los principios de suficiencia financiera y estabilidad presupuestaria – que en la vertiente de agrupación de municipios presente también en el artículo 141 CE y que hasta ahora había prevalecido.

La segunda idea a la que nos referíamos, coherente con la lógica del texto finalmente aprobado, trató sobre todo en los primeros borradores de completar la idea anterior. Y es que si los municipios, sobre todo los de menos de 5000 habitantes, iban a ocupar una posición más degradada en el sistema de prestación de los servicios locales, similar en cierto modo a la que tenían las entidades locales menores hasta ese momento, éstas dejaban de tener sentido y su existencia, no como entidades locales, se condicionaba a la mayor eficiencia de conformidad con la legislación de sostenibilidad financiera. Idea similar en el sentido de no favorecer a éstas, finalmente también desechada, pasaba con las Mancomunidades de municipios.

El texto legal finalmente aprobado se decanta no por la supresión de estas entidades locales menores, pero si niega su personalidad jurídica y condiciona su creación a que resulten una opción más eficiente para la administración desconcentrada de núcleos de población separados de acuer-

do, de nuevo, con los principios previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que parece convertirse así en el principio orientador prevalente de la articulación territorial. Junto a ello establece la posibilidad de que los municipios, en caso de fusión voluntaria, se transformen en entidades locales menores (artículo 13.4 y 24 bis LSRAL).

Y es que el texto legal que ha visto la luz se decanta, obviando el proceso de fusión forzosa de municipios¹³, por acudir básicamente a técnicas funcionales que, si bien de forma distinta a como se plantearon en el Libro Blanco sobre el Gobierno local basadas en lo esencial en técnicas voluntarias de cooperación, permitan alcanzar resultados más efectivos en determinadas competencias obligatorias sin abordar, sin embargo y de forma coactiva, una operación tan discutida como complicada y que tan

¹³Lo que también es preciso matizar desde el punto de vista competencial ya que, como ha puesto de manifiesto, VELASCO CABALLERO (2012), “Competencias para la reforma de la planta municipal”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 29, “La segunda forma de hipotética intervención estatal en la planta municipal consiste en incentivar o fomentar la fusión voluntaria de municipios. La jurisprudencia constitucional actual, expresada en la STC 214/1989, FJ 9, ha admitido que el Estado puede fomentar la fusión de municipios (al menos en la forma muy limitada en que actualmente efectúa el artículo 13.3 LBRL). Ahora bien los límites externos de la facultad estatal de promocionar la fusión voluntaria de municipios resultan de la concurrencia de la competencia básica estatal con las competencias autonómicas –frecuentemente exclusivas– sobre “alteración de términos municipales” y “organización territorial”. Y son los que siguen:

- a) La incentivación económica de las fusiones o agregaciones municipales sin duda que afecta a la política territorial de cada Comunidad Autónoma; no solo a su planta local, sino también, incluso, a la estructura de la Administración autonómica periférica. Esta “afección” sugiere la necesidad de que el fomento de las fusiones o agregaciones no impida una política territorial propia de cada municipio”..... y sigue diciendo este autor que “un eventual “plan estatal de incentivos” en ningún caso puede suplantar la competencia autonómica para fijar criterios normativos para las fusiones o agregaciones, y la competencia ejecutiva para acordar cada concreta supresión y creación de municipios. Esto es: si bien el Estado puede incentivar la fusión de municipios (mediante medidas económicas o ayudas técnicas), cada concreta fusión ha de acordarse por cada Comunidad Autónoma, conforme a los posibles criterios básicos estatales y los criterios de organización territorial de cada Comunidad.
- b) En segundo lugar, en la hipótesis de que la incentivación de las fusiones se concrete en beneficios económicos o subvenciones a los municipios fusionados, hay que tomar en consideración la doctrina constitucional sobre la financiación estatal de tareas ajenas. Tal y como tiene reiteradamente declarado el Tribunal Constitucional, el poder de gasto no es una competencia en sí mismo, sino un instrumento para el ejercicio de competencias propias. Por eso, en principio el Estado solo puede subvencionar proyectos o tareas encuadrables en sus títulos competenciales”.

encontrados sentimientos despierta como lo era la supresión de instancias municipales. Además, en principio, la solución escogida mediante la reordenación de las competencias del doble escalón local y la introducción de técnicas de coordinación, y no como decimos mediante fórmulas forzosas de reordenación de la planta municipal, se limita en gran medida al campo de los servicios obligatorios y a las competencias que se ha venido en denominar impropias con un rumbo muy definido: garantizar la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera¹⁴.

Su conciliación con el texto constitucional y la eventual mutación que del espacio local se opera, al menos como hasta ahora lo habíamos conocido tras la Constitución de 1978, con esta Ley será, sin duda, objeto de pronunciamiento por nuestro Tribunal Constitucional dados los recursos interpuestos por grupos políticos y Comunidades Autónomas¹⁵.

¹⁴ Así lo expresa la Exposición de Motivos: “Con este respaldo constitucional, el Estado ejerce su competencia de reforma de la Administración local para tratar de definir con precisión las competencias que deben ser desarrolladas por la Administración local, diferenciándolas de las competencias estatales y autonómicas. En este sentido, se enumera un listado de materias en que los municipios han de ejercer, en todo caso, competencias propias, estableciéndose una reserva formal de ley para su determinación, así como una serie de garantías para su concreción y ejercicio. Las entidades locales no deben volver a asumir competencias que no les atribuye la ley y para las que no cuenten con la financiación adecuada. Por tanto, solo podrán ejercer competencias distintas de las propias o de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. De igual modo, la estabilidad presupuestaria vincula de una forma directa la celebración de convenios entre administraciones y la eliminación de duplicidades administrativas”.

¹⁵ Algunos reconocidos especialistas advirtieron de forma concluyente sobre su constitucionalidad. T. FONT I LLOVER, “La reforma local: aspectos constitucionales”, http://idpbarcelona.blogspot.com.es/2013/11/la-reforma-local-aspectos_13.html. Las tachas de constitucionalidad de esta nueva norma se fundamenta, en opinión de los que mantienen dicha postura, en dos ámbitos:

- 1.º La vulneración del principio de autonomía local en cuanto que violenta el modelo y sus límites constitucionales, fundamentalmente por la base política de origen representativo de este ámbito de gobierno. Se centran estas voces sobre todo en el apoderamiento directo que la norma contiene, por ejemplo en el art. 36, y que consagra el desplazamiento de competencias a la Diputación sin la concurrencia de ninguna situación financiera de incumplimiento de las reglas fiscales (objetivo de estabilidad, nivel de deuda o plazo de pago) o la posibilidad de sustituir la legitimación democrática en la aprobación de actos y acuerdos (Disposición Adicional Decimosexta LRSAL). En cualquier caso, y desde este punto de vista, no puede obviarse que, en lo que se refiere a este punto, la garantía constitucional de autonomía local ha sido interpretada de forma muy deferente por nuestro tribunal constitucional respecto del legislador. Ha de recordarse, en todo caso, que la garantía constitucional protege la “institución” de la autonomía local, y

Pero, sin duda, la solución propuesta, al margen de su conciliación o no con el texto constitucional¹⁶, viene lastrada, en mi opinión, por una cuestión previa que impide abordar esta y otras reformas necesarias en nuestra realidad territorial e institucional, a saber: la idea instalada en amplios sectores de la clase política bien que matizada en los últimos tiempos, y dada la falta de consenso sobre cómo abordar la reforma del título VIII de la Constitución, de que no es posible abordar una necesaria revisión de la Constitución en materia territorial ni siquiera en lo que respecta al mundo local¹⁷. Craso error ya que lo que tenemos es notorio que no funciona o que al menos necesita ser perfeccionado, y si bien es cierto que en tiempos de tribulación no es conveniente hacer mudanzas, no lo es menos que en algún momento tendremos que plantearnos abordar esta inaplazable cuestión.

no la existencia subjetiva de cada municipio (STC 214/1989, FJ 13 C).

- 2.º Se desconoce la distribución constitucional y estatutaria de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, en cuanto que el Estado, al carecer de título competencial en determinadas materias sectoriales, no puede ordenar el ejercicio de las mismas. El razonamiento, a título de ejemplo, sobre un servicio concreto sería el siguiente: la titularidad de la materia relativa a los servicios sociales como competencia de las Comunidades Autónomas, imposibilita que el Estado pueda regular sobre las mismas y de forma tan determinante como se pretende en la LRSAL.

¹⁶ L. PAREJO ALFONSO, “Crisis financiera estatal, racionalización de la Administración local y desarrollo de la garantía de la autonomía local: comentarios de urgencia”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 30, fue muy crítico con los borradores iniciales conocidos del Proyecto de Ley. A su juicio la reforma “se aborda ciertamente, aunque preferentemente en términos de reordenación de las competencias (sobre todo en el seno de la estructura dual de la Administración local necesaria), pero inserta su respuesta en el conjunto de una serie de medidas de corte financiero que por imprimir al texto su lógica (cual luce ya en la denominación del Anteproyecto), resultan ajenas, cuando no incluso contradictorias con, la de autonomía local”. Ello hace, en su opinión, que la solución que se aporta no sea la idónea ya que concluye el autor que: “En la versión manejada pues el anteproyecto de Ley –sin perjuicio de indudables aciertos– dista de suponer una verdadera y equilibrada actualización del complejo estatuto de los entes locales para el mejor cumplimiento de su función constitucional como escalón basal del poder público administrativo lastrado y sesgado como esta su planteamiento por la óptica económico-financiera favorecida por las consecuencias de la crisis económica. Si necesaria es la reconducción económico-financiera de la gestión del escalón local es para asegurar su sostenibilidad financiera a efectos de la idoneidad de aquel como “buena administración” no como fin en sí mismo”.

¹⁷ De la misma opinión sobre la necesidad de resolver este debate, la organización territorial del Estado, mediante una reforma constitucional se muestra T. R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, (2013), “La España de las Autonomías: Un Estado débil devorado por diecisiete “Estaditos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 158. Asimismo, y de forma magistral tras su célebre *Informe sobre España*, se ha pronunciado S. MUÑOZ MACHADO (2013), *Crisis y reconstrucción de la estructura territorial del Estado*, Editorial IUSTEL, serie Conferencias.

Y es que, en su caso, otras posibles soluciones podrían plantearse si no aconteciese dicha circunstancia que, además y a mi juicio, atienden más adecuadamente a la diversidad del espacio supramunicipal en las distintas Comunidades Autónomas y rechazan un planteamiento uniforme en todo el territorio nacional. Me refiero, en concreto, a la supresión de las Diputaciones Provinciales como ente local obligatorio y la interiorización de ese espacio supramunicipal en el ámbito autonómico (SSTC 179/1985, 214/1989, 233/1999, etc.)¹⁸, sin perjuicio de la subsistencia de ésta como circunscripción electoral¹⁹, y permitiendo fórmulas como la del municipio-comarca y una correlativa reordenación de los municipios sobre la base de lo que hoy conocemos como entidades locales menores, y que estoy seguro de que permitirían dar una respuesta más adecuada dada la diversidad del mapa municipal y las grandes diferencias que pueden encontrarse entre las distintas partes del territorio nacional.

II. LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES

Como ya se ha expuesto, y descartada una reforma en profundidad de la planta local, este es, sin duda, el punto estelar sobre el que la Ley hace descansar la reforma proyectada en ese nuevo contexto que apunta la reforma constitucional del artículo 135 estableciendo límites al déficit público.

De esta forma, las dificultades que para el Estado tiene de forma unilateral establecer la obligación de fusionarse a los municipios, ya sea por tramos de población o en virtud de otros criterios²⁰, ha hecho optar a la Ley por una fórmula mucho menos problemática constitucionalmente dadas las com-

¹⁸ En similar sentido puede verse el trabajo de J. JORDANO FRAGA (2013), “El Derecho Administrativo de la Crisis”, en VV. AA., *Crisis económica y crisis del Estado de Bienestar: El papel del derecho administrativo*, (J.L. PINAR MAÑAS, Coord.), Editorial Reus S.A., Madrid, pp. 71 a 146.

¹⁹ Así se ha pronunciado M. SANCHEZ MORON (2012), en *Derecho Administrativo, Parte General*, pág. 390. También lo ha hecho así E. CARBONELL PORRAS (2013), “La planta local: Análisis general y perspectivas de reforma”, en *La Planta del Gobierno Local*, AEPDA y Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid; o L. CONS-CULLUELA MONTANER, *op. cit.*, para quien si se resuelve el problema del inframunicipalismo a través de algunas de las fórmulas que se citan las mismas quedarían seriamente desdibujadas.

²⁰ No así para la creación de nuevos municipios que viene condicionada a varios requisitos (artículo 13.2): la existencia de núcleos de población territorialmente diferenciados, de al menos 5.000 habitantes; que los municipios resultantes sean financieramente sostenibles; que cuenten con recursos suficientes para el cumplimiento de las competencias municipales; y, por último, no suponga disminución en la calidad de los servicios que venían siendo prestados.

potencias normativas y ejecutivas de las Comunidades Autónomas en la materia, bien que creo que de forma un tanto precipitada tras el Dictamen del Consejo de Estado, y obviando eso sí algunas recomendaciones del mismo²¹.

Subyace al texto una idea matriz, otra cosa es que se haya acertado a resolver acertadamente, a saber: que una cosa es la prestación de servicios públicos y otra, que a su juicio puede escindirse de la anterior, la representatividad de la comunidad local. No necesariamente es una idea equivocada de partida. Recordemos, sin embargo, en este punto que la STC 32/1981, de 28 de junio admite que el legislador pueda disminuir o acrecentar las competencias hoy existentes, pero no eliminarlas por completo y, ello además, siempre que ese debilitamiento tenga una razón suficiente y sin daño del principio de autonomía. La cuestión, sin duda, es controvertida y discutible aunque, como se hace preciso apuntar de nuevo, el artículo 135 CE puede ser decisivo para determinar la constitucionalidad de la norma en este punto. También ha de apuntarse en la misma dirección la débil protección que proporciona la garantía institucional de la autonomía local²². Más discutible desde luego es la competencia del texto legal respecto del sistema de asignación de atribuciones y funciones al doble escalón local – provincias y municipios – y el papel que en éste desempeñan el Estado y las Comunidades Autónomas²³.

²¹ Es preciso subrayar que el Dictamen ofrece luces y sombras. En definitiva, como indica Jiménez Asensio, el Consejo de Estado ha sido muy complaciente con la operación de reducir indirectamente el autogobierno autonómico y municipal facultando al legislador básico a imponerse sobre los ámbitos materiales competencia de las Comunidades Autónomas. Pero, a la vez, ha sido correcto en las formas pero muy crítico en el fondo a la hora de censurar el modelo institucional de gobierno local (sobre todo de traslación de competencias municipales a las diputaciones provinciales) y el alcance y consecuencias de la noción de coste estándar sobre los municipios.

²² Como es conocido la teoría de la “garantía institucional” construye los juicios de constitucionalidad como juicios de “reconoscibilidad”, a saber: sólo son lesivas a la garantía constitucional de autonomía municipal aquellos textos normativos que restringen competencias locales de tal forma y manera que ya no sea posible reconocer la autonomía tal y como es entendida por la comunidad “en cada tiempo y lugar”. De esta forma, si la reducción de las competencias propias municipales permite, pese a todo, identificar una suficiente participación municipal en los asuntos de interés local, no se habrá lesionado la garantía constitucional de autonomía. Esa interpretación del alcance de la protección de la autonomía local deriva en la conclusión de que es muy complicado que la supresión de casi todas las competencias municipales sobre, por ejemplo, salud y asistencia social sea contraria el art. 137 CE ya que sin esas competencias no es posible concluir de forma indubitada que no es reconocible en España la “institución” de la autonomía local.

²³ De nuevo hemos de remitirnos al riguroso estudio realizado por F. VELASCO CABALLERO, “Reforma de la Administración...”, *op. cit.*

La reforma del sistema competencial municipal pasa, según se desprende del texto, por tres ideas fundamentales: en primer lugar, por eliminar o reducir algunas competencias municipales, fundamentalmente sobre salud, asistencia social y educación (nuevo art. 25.2, DDTT 1a a 3a LRSAL); en segundo término, por suprimir la competencia complementaria general de los municipios (del actual art. 28 LBRL); y, por último, por prever la coordinación de los más relevantes servicios obligatorios de los municipios de menos de 20.000 habitantes pasando de la centralidad de la autonomía municipal a la centralidad de la autonomía provincial en el mundo rural aunque como ya hemos apuntado, más que como agrupación de municipios, como división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado y, en este caso, al servicio de la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera.

De esta forma, y bajo esas premisas, se toman una serie de decisiones. La Ley, en primer término, condiciona la atribución de competencias a los Municipios, Provincias e Islas, a un elemento, en principio, ajeno a un sistema de distribución de competencias y que, inclusive, se podría dar por descontado: estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (artículo 2). Principio que se “cuela” junto a los tradicionales principios que informaban este punto. Su influencia, como estamos viendo, no será menor.

Las competencias propias de los Municipios, las Provincias, las Islas y demás entidades locales territoriales solo podrán ser determinadas por Ley y se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas. Se enumeran así éstas en el artículo 25, con una nueva redacción ciertamente, pero prácticamente como hasta ahora aunque más adelante realizaremos algunos matices. Lo radicalmente novedoso respecto de éstas, sin embargo, es la aparente pretensión de que la legislación básica no sea, como hasta ahora, una legislación de mínimos, un común denominador, sino que esta marque los máximos de atribución competencial a éstos. ¿Se trata de una pretendida uniformización del régimen local?²⁴. Me temo que si este es el efecto que

²⁴ El trámite parlamentario resulta revelador de esa tensión. En efecto, el Congreso de los Diputados aprobó una importante enmienda “de adición”, por medio de la cual se añade un nuevo apartado al artículo 25, el número 6, que decía al respecto lo siguiente: “Cuando, por Ley, las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbito competenciales atribuyan a los municipios competencias propias *en materias distintas a las previstas en el apartado 2 del presente artículo*, deberán tener en cuenta los criterios señalados en los apartados 3, 4 y 5 anteriores”. Su tramitación posterior en el Senado determinó la supresión de este apartado con lo que el conflicto estaba servido.

se pretende conseguir esa interpretación será vetada en el Tribunal Constitucional dadas las competencias generales de las Comunidades Autónomas sobre régimen local, pero también las que ostentan sectorialmente²⁵.

Por su parte, las competencias delegadas, de las que se establece un listado (entendemos, de nuevo, que no podrá ser cerrado respecto de lo que pueda decidir las Comunidades Autónomas en materias de su competencia)²⁶, se ejercen en los términos establecidos en la disposición o en el acuerdo de delegación, según corresponda, que preverán técnicas de dirección y con-

²⁵ En definitiva, las tachas de constitucionalidad, de mayor enjundia, que se han realizado desde la doctrina pueden extractarse en las siguientes:

– Las CCAA disponen de competencias en materia de régimen local que les permiten atribuir competencias con el carácter de propias sobre todo en aquellas competencias que son materia exclusiva de éstas.

– En aquella materias cuya titularidad competencial corresponde, según todos los estatutos de autonomía, en exclusiva a las diferentes comunidades (Asistencia Social o Sanidad), se puede cuestionar *prima facie* la competencia del Estado para suprimir o reducir dichas competencias como materias de necesaria competencia local.

– Desde la perspectiva constitucional de la distribución del poder entre Estado y comunidades autónomas se puede cuestionar la supresión de competencias municipales directamente por las DD.TT. 1ª y 2ª LRSAL. Por principio, el Estado sólo puede disponer sobre las atribuciones municipales en las propias materias competenciales del Estado. No en materias competenciales de las comunidades autónomas. Pues una cosa es que el Estado, con fundamento en el art. 149.1.18 CE (puesto en relación con el art. 137 CE), pueda exigir a las comunidades autónomas que atribuyan un mínimo de competencias propias a los municipios incluso en ámbitos de competencia autonómica (esto es lo que actualmente hace el art. 25.2 LBRL) y otra cosa bien distinta es que el Estado pueda suprimir competencias municipales en materias de titularidad autonómica.

²⁶ En este sentido, el artículo 27. 2 contempla las siguientes competencias:

- a. Vigilancia y control de la contaminación ambiental.
- b. Protección del medio natural.
- c. Prestación de los servicios sociales, promoción de la igualdad de oportunidades y la prevención de la violencia contra la mujer.
- d. Conservación o mantenimiento de centros sanitarios asistenciales de titularidad de la Comunidad Autónoma.
- e. Creación, mantenimiento y gestión de las escuelas infantiles de educación de titularidad pública de primer ciclo de educación infantil.
- f. Realización de actividades complementarias en los centros docentes.
- g. Gestión de instalaciones culturales de titularidad de la Comunidad Autónoma o del Estado, con estricta sujeción al alcance y condiciones que derivan del artículo 149.1.28a de la Constitución Española.
- h. Gestión de las instalaciones deportivas de titularidad de la Comunidad Autónoma o del Estado, incluyendo las situadas en los centros docentes cuando se usen fuera del horario lectivo.

trol de oportunidad y eficiencia que, en todo caso, habrán de respetar la potestad de autoorganización de los servicios de la entidad local²⁷. Ahora bien, esta delegación de competencias está condicionada a determinados objetivos: evitar duplicidades administrativas, mejorar la transparencia de los servicios públicos y el servicio a la ciudadanía y, en general, contribuir a los procesos de racionalización administrativa, generando un ahorro neto de recursos. De nuevo me temo que éstos no se compatibilizan con la competencia autonómica que podrá perseguir esos objetivos, claro está, pero parece si somos respetuosos con las competencias de las CCAA.

Hasta aquí como hasta ahora si salvamos el inciso “eficiencia” que se añade ahora al régimen de ejercicio de las delegadas. Pero es preciso hacer dos observaciones.

En primer lugar, que el apartado 4.º del artículo 7, si bien no imposibilita, el ejercicio de otras competencias (las que hasta ahora eran denominadas como “complementarias”), las condiciona a dos requisitos que han de ser cumplidos cumulativamente²⁸:

- Que 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.

-
- i. Inspección y sanción de establecimientos y actividades comerciales.
 - j. Promoción y gestión turística.
 - k. Comunicación, autorización, inspección y sanción de los espectáculos públicos.
 - l. Liquidación y recaudación de tributos propios de la Comunidad Autónoma o del Estado.
 - m. Inscripción de asociaciones, empresas o entidades en los registros administrativos de la Comunidad Autónoma o de la Administración del Estado.
 - n. Gestión de oficinas unificadas de información y tramitación administrativa.
 - o. Cooperación con la Administración educativa a través de los centros asociados de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

²⁷ Nótese que, curiosamente, parece ser mayor el radio de acción de los municipios inferiores a 20.000 habitantes en el ejercicio de competencias delegadas que en las obligatorias objeto de coordinación por las Diputaciones Provinciales lo que dibuja, muy a las claras, la consideración subordinada de estos municipios a las Diputaciones Provinciales y a las Comunidades Autónomas fundamentalmente.

²⁸ Exigiendo para ello dos informes previos y vinculantes, a saber: el de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y el de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.

- No se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública.

De esta forma, de la regulación de las competencias que se deriva del artículo 25, consiguientemente con lo anterior, desaparece el inciso “toda” clase de actividades y servicios para remitirse, ahora, a lo dispuesto expresamente en ese artículo que, en su apartado 2²⁹, actualiza, en algunos casos mejorándolo, el anterior listado de competencias que, ahora sí, en todo caso habrán de ejercer los municipios.

Las dudas que plantea su articulado son numerosas, amén de la supresión de competencias en materia de educación, salud y servicios so-

²⁹ De esta forma, el artículo 25.2 establece un listado de competencias propias en las siguientes materias:

- a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación.
- b) Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas.
- c) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.
- d) Infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad.
- e) Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social.
- f) Policía local, protección civil, prevención y extinción de incendios.
- g) Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano.
- h) Información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local.
- i) Ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante.
- j) Protección de la salubridad pública.
- k) Cementerios y actividades funerarias.
- l) Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre.
- m) Promoción de la cultura y equipamientos culturales.
- n) Participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes. La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial.
- ñ) Promoción en su término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones

ciales en las que su titularidad se traslada a la Comunidad Autónoma³⁰, pero destacan dos. La primera, que también subyace en el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto, es la siguiente: ¿Sólo en las materias referidas pueden los municipios ostentar competencias? ³¹. En otras pala-

³⁰ Para éstas se prevé un régimen específico de transferencia de la competencia en las DA 15^a y las DT 1^a a 3^a.

³¹ De la misma opinión es F. VELASCO CABALLERO, “Sobre el dictamen del Consejo de Estado en relación con el Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, para quien “Estos enunciados –se refiere al Dictamen del Consejo de Estado– no se compadecen ni con el bloque de la constitucionalidad ni con la jurisprudencia constitucional (que en el texto del dictamen se cita *en passant*, sin mayores precisiones). Varios aspectos quiero destacar de esa argumentación:

- a) El Consejo de Estado interpreta el actual art. 25.2 LBRL como un listado de competencias propias máximas de los municipios. Son las materias en las que las leyes autonómicas “pueden” (este es el verbo que utiliza el dictamen) atribuir competencias sectoriales propias a los municipios. En consecuencia, conforme a esta interpretación inicial, las leyes sectoriales autonómicas ya no podrían atribuir más competencias “propias” a los municipios, fuera de las materias comprendidas en el art. 25.2 LBRL. Según esto, la función de las Comunidades Autónomas, en sus materias competenciales, no sería la de atribuir competencias propias a los municipios sino concretar el listado taxativo (de competencias propias) del art. 25.2 LBRL.
- b) Supuestamente, las Comunidades Autónomas podrían atribuir a los municipios otras competencias al margen del listado (ahora reducido) del art. 25.2 LBRL. Como por ejemplo, sobre integración de los inmigrantes, fijación de los distritos escolares o fomento del empleo. Pero esas competencias serían “impropias”, tendrían ya una posición degradada o secundaria, porque conforme al nuevo art. 7.4 LBRL sólo podrían atribuirse o ejercerse cuando estuviera asegurada la sostenibilidad financiera de los servicios obligatorios comunes y las competencias propias (las atribuidas por las Comunidades Autónomas o el Estado dentro del listado del art. 25.2 LBRL)....

Y rechaza tal argumentación pues dice el autor: “A mi juicio, y según se desprende de la STC 214/1989, FJ 4, y resulta necesario a partir de los nuevos Estatutos de Autonomía (incluso después de su interpretación conforme a la Constitución por la STC 31/2010), hay que entender que el objetivo del art. 25.2 LBRL es garantizar un mínimo funcional de los municipios en los asuntos de “interés local”. Es, sobre todo, una garantía básica de autonomía municipal frente a las leyes autonómicas. Pero en forma alguna es –ni puede ser– un límite a las competencias sectoriales municipales ni incluye un juicio de desvalor –o subsidiariedad– sobre otras competencias no incluidas en el listado del art. 25.2 LBRL pero que una concreta Comunidad Autónoma también incluye en el acervo competencial municipal. No es coherente con la regulación de la LBRL, encaminada a garantizar un estándar mínimo de autonomía municipal en toda España (STC 159/2001, FJ 4), la degradación de aquellas competencias que, no estando en el art. 25.2 LBRL, son atribuidas por leyes sectoriales. Es claro que una reforma de la LBRL puede alterar el régimen competencial vigente. Pero no es admisible que la amplia competencia estatal para garantizar la autonomía funcional de los municipios ampare también, con la misma amplitud, la degradación de competencias municipales atribuidas por las Comunidades Autónomas (o, en sus materias sectoriales, también por el Estado) más allá del mínimo

bras, y como ya hemos apuntado, ¿Puede la legislación básica cumplir un papel de máximo, y no de mínimo como hasta ahora, en la determinación de las competencias locales?

A mi juicio no. Y no que creo que el legislador estatal pueda impedir a las Comunidades Autónomas, en materias de su competencia, atribuir a los municipios otras competencias, con el carácter de propias, que completen ese inicial listado establecido en la legislación básica. Y sin que las mismas, por tanto, tengan necesariamente carácter de impropias ni de delegadas.

Desde luego ello plantea una seria problemática con las regulaciones autonómicas, dictadas en desarrollo de previsiones estatutarias, que atribuyen a los municipios competencias en ámbitos asumidos estatutariamente como de competencia autonómica. ¿Qué normativa prevalece? ¿Se produce una especie de efecto “desplazamiento” de la legislación básica sobre la de desarrollo?³². Creo que dicho artículo, para ser correctamente entendido constitucionalmente, ha de entenderse sin perjuicio de las competencias que las Comunidades Autónomas tienen reconocido en su ámbito competencial propio ya que el Estado no puede condicionar éste, sino solo y exclusivamente fijar unos mínimos de atribución competencial a los municipios. Todo ello, al menos, apunta a una futura sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional.

La segunda, consistente en la utilización de la legislación de estabilidad presupuestaria y de suficiencia financiera de forma no coherente en el sistema de atribución competencial pues, como ahora veremos, la coordinación en determinadas competencias locales por parte de las Diputaciones Provinciales no obedece, o al menos a mi me lo parece, a criterio alguno ra-

de “interés local” identificado en el art. 25.2 LBRL”.

En idéntico sentido, puede verse R. JIMENEZ ASENSIO, “Notas de urgencia en relación con el dictamen del Consejo de Estado sobre la reforma local (alsal)”, http://www.estudiconsultoria.com/images/stories/ALRSAL24_mayo2013_def.pdf.

³² Dicha cuestión, desde luego, es sumamente problemática. La jurisprudencia constitucional, a título de ejemplo las SSTC 214/1989 y 31/2010, parece indicar que el Estado en esta materia dispone de la competencia de “bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas”, que le habilita para dictar normas básicas que regulen “los principios competenciales” aplicables a las entidades locales, pero no parece que dicho título competencial le permita establecer una regulación detallada y exhaustiva de las competencias que deben tener los municipios ya que, precisamente por el carácter bifronte del régimen local, podrían vulnerarse competencias materiales que las comunidades autónomas tienen reconocidas en sus propios Estatutos.

Lo cierto es que el texto legal finalmente aprobado contempla previsiones específicas en sus Disposiciones Adicionales para el País Vasco, Navarra, Aragón y las Ciudades de Ceuta y Melilla. Las previsiones genéricas para el resto de Comunidades Autónomas en la Disposición Adicional Tercera mantienen una razonable duda sobre este punto.

zonado ¿porqué esas y no otras?. Curiosamente coincide con competencias que, si bien ciertamente en muchos de los supuestos presentan un ámbito idóneo de prestación en la esfera supramunicipal, no lo es menos que todas tienen un claro contenido económico.

De otro lado, mantiene las competencias municipales de carácter obligatorio – aunque se suprime el inciso “por sí o asociados – con la misma técnica que hasta ahora acudiendo a tramos de población³³, bien que también suprimiendo el inciso “equivalentes” con algunas novedades³⁴:

- Desaparece el control de alimentos y bebidas como competencia obligatoria en todos los municipios.
- La prestación de servicios sociales, en municipios de más de 20000 habitantes, se sustituye por la también más limitada evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social.
- La protección del medio ambiente, en municipios de más de 50.000 habitantes, se sustituye por la más reducida en cuanto

³³ Tramos de población que se mantienen en los mismos términos, aunque el Informe del Tribunal de Cuentas relativo a 2011 es claro al respecto de donde se produce un coste relevante mayor es en el tramo hasta mil habitantes. Dice así: “Los municipios de menos de 1.000 habitantes tuvieron el mayor coste medio en la prestación de los servicios públicos, siendo muy elevado el decremento (36%) que se produjo respecto al coste del siguiente tramo de población (entre 1.000 y 5.000 habitantes). Sin embargo, una vez superados los 1.000 habitantes, el coste de prestación de los servicios se mantuvo en similares parámetros”.

¿Se debería haber reparado en estos datos?. Creo, sinceramente, que sí a la vista de los mismos.

³⁴ De esta forma, el artículo 26.1 establece que:

Los Municipios deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:

- a) En todos los Municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas.
- b) En los Municipios con población superior a 5.000 habitantes, además: parque público, biblioteca pública, mercado y tratamiento de residuos.
- c) En los Municipios con población superior a 20.000 habitantes, además: protección civil, evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público.
- d) En los Municipios con población superior a 50.000 habitantes, además: transporte colectivo urbano de viajeros y medio ambiente urbano.

al ámbito territorial de medio ambiente urbano.

De nuevo aquí se plantea la eventual colisión de esta previsión con la legislación autonómica que, en algunos casos, puede haber previsto la prestación obligatoria de esas actividades o servicios³⁵. Lo que, debemos añadir según estamos exponiendo, sería perfectamente admisible cuando se tratase de ámbitos de competencia autonómica.

La gran novedad en la norma, en sustitución del pretexto del “coste estándar” para reducir las competencias municipales³⁶, es la introducción de técnicas de coordinación, a través de la Diputación Provincial subordinada en este punto a la Administración General del Estado³⁷, en un conjunto importante de competencias³⁸. Bien es cierto que hay un supuesto en que dicha coordinación no se hará efectiva, a saber: cuando el municipio justifique ante la Diputación que puede prestar estos servicios con un coste efectivo menor

³⁵ Lo apunta F. VELASCO CABALLERO, “Nuevo régimen de las competencias...”, *op. cit.*, págs. 38 y 39, quien tras poner en cuestión la idoneidad de la técnica de establecimiento de servicios obligatorios en una Ley que pretende garantizar la autonomía local, opina que dichos servicios o actividades suprimidas seguirán siendo de prestación obligatoria cuando así se prevea en la legislación autonómica (pone como ejemplo el control de alimentos y bebidas en la legislación de régimen local de Cataluña).

³⁶ El texto, sin embargo, conserva el denominado “coste efectivo” que tampoco es absolutamente inocuo. Se trata de una obligación de transparencia en el coste de los servicios que, sin lugar a dudas, tendrá repercusión. Ya se prevé la misma en algunos supuestos de financiación o en la fórmula para escoger la prestación de servicios coordinados.

³⁷ El conjunto de incoherencias que esa concreta norma ofrece ha sido objeto de un excepcional trabajo en C. BARRERO RODRIGUEZ (2015), “La prestación de los servicios municipales mínimos en el nuevo artículo 26 de la LBRL. La difícil interpretación de un precepto fundamental”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 170, 2015.

³⁸ En efecto, el artículo 26.2 del texto legal establece que:

En los municipios con población inferior a 20.000 habitantes será la Diputación provincial o entidad equivalente la que coordinará la prestación de los siguientes servicios:

- a) Recogida y tratamiento de residuos.
- b) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.
- c) Limpieza viaria.
- d) Acceso a los núcleos de población.
- e) Pavimentación de vías urbanas.
- f) Alumbrado público.

Para coordinar la citada prestación de servicios la Diputación propondrá, con la conformidad de los municipios afectados, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas. Para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera.

que el derivado de la forma de gestión propuesta por la Diputación provincial o entidad equivalente, el municipio podrá asumir la prestación y coordinación de estos servicios si la Diputación lo considera acreditado.

¿Es posible trasladar a esta Administración, sacándolo del nivel local – municipal o provincial ya que la Diputación solo propone—, la decisión sobre la forma del ejercicio competencial propio? ¿Ampara dicha operación la invocación competencial al artículo 149.1.14 CE? De nuevo me temo que la atribución de esas competencias, de carácter ejecutivo, excede el marco competencial del Estado.

Coherente con esa propuesta es la regulación que de la coordinación realiza el texto finalmente aprobado que, modificando el artículo 10, introduce la técnica de coordinación con un principal objeto: asegurar el cumplimiento de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera en la que un papel estelar se atribuye a las Diputaciones Provinciales que sirven así a ese carácter constitucional obviando más el de agrupación de municipios que también está subyacente en el artículo 141 CE.

III. LAS COMPETENCIAS PROVINCIALES

Las Diputaciones Provinciales ven robustecida, al menos en principio pues ya veremos el juego que da el precepto en unas instituciones por lo general anquilosadas y con un bajo rendimiento institucional, su posición por la concurrencia de diversas circunstancias³⁹:

- Ampliación del catálogo de competencias establecidas en el artículo 36⁴⁰.

³⁹ De imprescindible lectura es el trabajo sobre las Diputaciones Provinciales realizado por R. JIMENEZ ASENSIO (2014), “La posición institucional de las Diputaciones Provinciales a partir de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Diario de Derecho Municipal*, Iustel, (Edición 14 de enero de 2014), en el que el autor aborda el nuevo esquema competencial de estas entidades que, sino implica profundos cambios en la organización y funcionamiento de estas entidades, corre el peligro de ser estéril.

⁴⁰ El artículo 36, tras sucesivos cambios, queda finalmente así:

- a) La coordinación de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada a que se refiere el apartado a) del número 2 del artículo 31.
- b) La asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión. En todo caso garantizará en los municipios de menos de 1.000 habitantes la prestación de los servicios de secretaría e intervención.

- Asunción de competencias en materia de fusiones de municipios en el artículo 13.
- Eventual participación en el ejercicio de las competencias delegadas en el artículo 27.
- Propuesta de las medidas de coordinación, supresión de competencias y organización previstas en el artículo 116bis en aquellos supuestos de incumplimiento del plan económico-financiero.

Debe hacerse hincapié, de nuevo, a que el modelo de prestación de servicios municipales a favor de las Diputaciones Provinciales fue objeto de censura por parte del Dictamen del Consejo de Estado⁴¹. Los argumentos más relevantes se situaban en tres consideraciones: en primer lugar, no parece adecuado al Dictamen que las competencias municipales (la prestación de servicios municipales) pase a manos de unas diputaciones provinciales que no tienen legitimidad democrática directa ya que

-
- c) La prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal y el fomento o, en su caso, coordinación de la prestación unificada de servicios de los municipios de su respectivo ámbito territorial. En particular, asumirá la prestación de los servicios de tratamiento de residuos en los municipios de menos de 5.000 habitantes, y de prevención y extinción de incendios en los de menos de 20.000 habitantes, cuando éstos no procedan a su prestación.
 - d) La cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación en el territorio provincial, de acuerdo con las competencias de las demás Administraciones Públicas en este ámbito.
 - e) El ejercicio de funciones de coordinación en los casos previstos en el artículo 116 bis.
 - f) Asistencia en la prestación de los servicios de gestión de la recaudación tributaria, en periodo voluntario y ejecutivo, y de servicios de apoyo a la gestión financiera de los municipios con población inferior a 20.000 habitantes.
 - g) La prestación de los servicios de administración electrónica y la contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes.
 - h) El seguimiento de los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios de su provincia. Cuando la Diputación detecte que estos costes son superiores a los de los servicios coordinados o prestados por ella, ofrecerá a los municipios su colaboración para una gestión coordinada más eficiente de los servicios que permita reducir estos costes.
 - i) La coordinación mediante convenio, con la Comunidad Autónoma respectiva, de la prestación del servicio de mantenimiento y limpieza de los consultorios médicos en los municipios con población inferior a 5000 habitantes.

⁴¹ El dictamen del Consejo de Estado crítica el tratamiento asimétrico que el anteproyecto de ley hace de las entidades locales municipales frente a las provinciales.

puede afectar directamente a la garantía institucional de la autonomía municipal reconocida en la Constitución; pero, en segundo lugar, el Consejo de Estado censura asimismo que esa operación de traslación de la prestación de servicios no se haga por otras vías más adecuadas, tales como la creación de mancomunidades (lo cual era una objeción frontal a la filosofía del anteproyecto, no así en el texto aprobado donde las mancomunidades quedan, solo más o menos, como estaban⁴²) o que no se promueva una simple y llana fusión de municipios, operación que estima perfectamente constitucional (con olvido de la cita de la STC 103/2013, de 25 de abril); por último, entiende negativo que se trasladen tales competencias municipales a unas Diputaciones provinciales que solo tienen atribuidas competencias “funcionales” y no “materiales”.

Algunos autores como Jimenez Asensio ya han apuntado algunos de los problemas que este esquema planteará. Así si los ayuntamientos se mantienen, cabe preguntarse quién sería competente para “regular” sobre tales aspectos, cómo se ejercería el control político sobre esa ejecución, y, en fin, de qué manera se podrían cohesionar mayorías políticas diferentes en el Ayuntamiento (“sin competencias”) y la Diputación Provincial.

Y otros, como Velasco Caballero, bien es cierto que con referencia a Anteproyectos anteriores al finalmente aprobado, han apuntado razones de inconstitucionalidad en la propuesta formulada⁴³.

⁴² Crítico también con las mancomunidades como alternativa a la reducción de municipios se muestra F. VELASCO CABALLERO, “Competencias...”, *op. cit.*, pág. 62 para quien presenta graves inconvenientes desde el punto de vista del principio democrático, pues estas organizaciones (y más aún los consorcios locales) no responden directamente ante la comunidad local (vecinos), sino ante los ayuntamientos que la integran. De otro lado, el acaparamiento de servicios por las mancomunidades también supone una devaluación del principio constitucional de “centralidad municipal”, en la medida en que pasan a ser esas mancomunidades (y no los propios municipios directamente) quienes definen y ejecutan la mayoría de las decisiones que afectan a la población.

⁴³ F. VELASCO CABALLERO, “Nuevo régimen de competencias municipales...”, bien que con referencia a Anteproyectos anteriores, ha manifestado que “Más allá de las objeciones técnicas, son muy claros los *reproches constitucionales* al traslado imperativo definido en el art. 26.3 ALRSAL.

- a) Por de pronto, el principio democrático (art. 1.1 CE) se debilita cuando las competencias se trasladan de una Administración con gobierno directamente elegido por los vecinos (art. 140 CE) a una *Administración simplemente representativa* (art. 141.1 CE) y cuyos cargos de gobierno – conforme a los arts. 204 y ss. de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG) – se designan por los partidos políticos a partir de los resultados en las elecciones municipales. Además, no es óptimo en términos democráticos que una diputación provincial (que rinde cuentas al conjunto de los municipios que agrupa y mediatamente al conjunto de la

población provincial) decida sobre concretos asuntos de un concreto municipio y de unos concretos vecinos (sobre todo si éstos, en términos electorales cuantitativos, son irrelevantes en el conjunto de la provincia). Por último, el principio democrático (art. 1.1 CE) reclama *reglas de competencia estables y previsibles*. Sólo así es posible que los ciudadanos puedan controlar la acción de cada gobierno (*accountability*). Y precisamente esto se erosiona en el ALRSAL, pues la titularidad de la competencia no depende ya de la ley sino de la contingencia de una evaluación administrativa de los servicios municipales conforme a unos parámetros y procedimiento no fijados en la ley y remitidos, por entero, a un reglamento del Gobierno.

- b) En segundo lugar, también la regulación del nuevo art. 26.3 LBRL afecta a la garantía constitucional de *autonomía local*. Sentemos, como punto de partida, que todo sistema normativo que prive de competencias a los municipios afecta, por definición, a la garantía constitucional de autonomía local (art. 137 CE). Si las competencias propias municipales son expresión de autonomía, los posibles traslados imperativos de esas competencias lógicamente restringen la autonomía local. Dicho esto, también es cierto que la simple reducción de la autonomía local no es necesariamente inconstitucional. Pues pueden entrar en concurrencia otros principios, bienes o valores constitucionales que justifiquen esa reducción. Es perfectamente compatible con la garantía constitucional de autonomía municipal que algunas competencias municipales actuales (de todos los municipios, o de algunos, en función de sus dimensiones) sean trasladadas a las provincias (e incluso a las Comunidades Autónomas). Lo que sí es necesario, en todo caso, es la existencia de una «razón suficiente» para ese traslado competencial. En lo que sigue se va a indagar sobre la posible existencia de razones constitucionales que puedan justificar el traslado competencial imperativo previsto en el nuevo art. 26.3 LBRL.

Se podría quizá pensar, en primer lugar, que el traslado competencial imperativo encuentra apoyo (o «razón suficiente») en la propia *garantía institucional de la provincia*, entidad local configurada como «agrupación de municipios» (arts. 137 y 141.1 CE). Se podría pensar, en hipótesis, que no hay objeción constitucional en que la ley traslade competencias de una entidad local constitucional (el municipio) a otra, también constitucional y local (la provincia). Pero esta hipótesis es desechable. La Constitución garantiza, primariamente, la autonomía municipal; y sólo en segundo lugar la «autonomía provincial». La provincia es «agrupación de municipios», y esto impide que la autonomía provincial sea «razón suficiente» para reducir la autonomía municipal. De hecho, la propia jurisprudencia constitucional ha centrado la autonomía constitucional de la provincia en la labor de *asistencia* a los municipios (STC 109/1998, FJ 2.º). Se podría concluir de aquí que lo constitucionalmente característico de las provincias es su *carácter servicial* respecto de los municipios. Es constitucionalmente posible, ciertamente, que concretas competencias municipales pasen a ser de titularidad provincial. Pero este posible traslado ha de articularse a partir de la «centralidad municipal» en el sistema local (arts. 140 y 141.1 CE) y atendiendo al tipo de «interés local» (si propiamente municipal o supramunicipal) prevalente en cada concreta competencia. Sólo de esta forma la garantía constitucional de autonomía provincial puede justificar una reducción competencial de los municipios. Esto exige que los posibles traslados de competencias municipales a las provincias sean necesariamente selectivos y ponderados”.

IV. CONCLUSIONES: ¿SON LOS ENTES LOCALES SOLAMENTE UN NIVEL ADMINISTRATIVO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS?

El debate sobre la estructura y articulación de nuestro régimen local, que ha trascendido mediáticamente solo de forma parcial, es en realidad una más de las asignaturas pendientes de nuestro sistema constitucional en lo que se refiere a la organización territorial del Estado. Pero no subestimemos este asunto. Que sea una más no quiere decir que de la correcta articulación de esta pieza basal del sistema de Administraciones públicas no se desprenda el adecuado funcionamiento del sistema democrático. Sobre todo de aquella parte del sistema que afecta muy directamente a las personas.

La gran pregunta, sin embargo, es ¿se ha avanzado algo con el texto de esta Ley?. Ciertamente el texto legal mejora cuestiones pendientes como pueden ser, entre otras cuestiones de menor calado, el régimen de financiación de las competencias delegadas, las medidas activas sobre la fusión de municipios y, mucho menos de lo que se anunció, el gasto de carácter político en los municipios.

Pero hasta ahí. Se ha perdido, y bien que lo lamentaremos ya que la crisis económica actual era una ventana de oportunidad que difícilmente volverá a repetirse, una ocasión para afrontar, en lo necesario una reforma en profundidad de la planta local española, de su organización, de su funcionamiento, de su régimen competencial y de su financiación. ¿Pedimos mucho?. Creo que no. Lo necesario tan solo tras más de treinta años de funcionamiento del estado constitucional y con una larga experiencia adquirida a lo largo de estos años.

La configuración del gobierno local —singularmente del Municipio, como pieza básica del sistema—, en la medida en que el municipio se configuraba constitucionalmente como el primer nivel de la representación política institucional, fue determinante para que el legislador de los años ochenta, lejos de fijarse como objetivo una ordenación precisa y limitadora del ámbito de actuación de esta institución pública, configurase un modelo expansivo del ejercicio competencial del nivel local. De esta forma, y hasta la reciente reforma, era un sistema de gobierno local que descansaba sobre tres axiomas: primero, reconocimiento de la autonomía de todas las entidades locales territoriales, con una capacidad, casi absoluta, en la priorización del gasto público; segundo, centralidad del municipio en el conjunto del sistema local (y, en consecuencia, carácter complementario de las entidades locales supra-municipales: provincias, islas, comarcas); y el tercero, consistente en que el

sistema de gobierno local no se definía por entero por el Estado sino que las Comunidades Autónomas estaban llamadas a participar en su definición.

Transcurridas casi cuatro *décadas* de la aprobación del texto constitucional, el Legislador de esta reforma, con base en la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad económica que se deriva del artículo 135 CE, articula una situación institucional de los municipios capitidismínuida según lo expuesto hasta aquí, pero básicamente, y en lo que queremos destacar, en la centralidad de éste respecto del gobierno del territorio y en su carácter político, y por ello con capacidad de definir con carácter general las políticas públicas de su territorio, y no meramente administrativo de prestación de determinados servicios públicos definidos por instancias superiores.

Quiere decirse que, en el fondo del debate, y en la configuración del modelo resultante, subyace la naturaleza de los entes locales, como nivel de gobierno o administración indirecta del Estado, que ha sido un tema debatido y no pacífico. Un sector de la doctrina, Morell, Entrena Cuesta, Leguina Villa o García Macho, entre otros, afirmaron en un principio el carácter meramente administrativo de los entes locales, posición que pareció mantener el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia de 2 de febrero de 1981 y en la de 14 de junio de igual año. Esta posición es la mantenida, en forma más reciente, por Parada Vazquez para quien la idea del municipio como poder y gobierno, al mismo nivel que el Estado y las Comunidades Autónomas, conecta con la idea del municipio natural pero olvida, o al menos hace abstracción de ello, de que la soberanía es indivisible y se residencia en el conjunto del pueblo español (artículo 1.2 CE).

Por su parte, otro grupo de autores, lo que parece mayoritario en la actualidad, aunque no sea totalmente pacífico como hemos apuntado, como Sosa Wagner, Font y Llovet, Ortega Álvarez, Velasco Caballero o Fanlo Loras se decantaron por el reconocimiento del doble carácter administrativo y político a los entes locales que, por su parte, como hemos expuesto inspiró el Libro Blanco para la reforma de la Autonomía Local (2005) y el Anteproyecto no nato de Ley Básica del Gobierno y Administración Local de 2006 que insistieron, y basaron sus propuestas, en el contenido de nivel de gobierno del municipio y la idea de que el artículo 137 de la CE no supone simplemente una garantía de existencia de los municipios, sino que implica una declaración de su carácter autónomo como expresión del pluralismo político y manifestación del principio democrático que es determinante para la existencia de varios ordenamientos jurídicos, cuyas relaciones no se rigen por el principio de jerarquía sino por el de competencia⁴⁴.

⁴⁴ Muy representativo de dicha tesis es T. FONT I LLOVET (2001), *Anuario de*

Y es que, como ha puesto de relieve Caamaño⁴⁵, la vieja y tradicional tesis en virtud de la cual no hay autonomía política sin potestad legislativa resulta difícilmente sostenible en los ordenamientos jurídicos actuales que han abandonado una comprensión jerarquizada y formal por otra de corte estatutario y competencial (más ajustada a las demandas de la globalidad), mediante la que se reconocen diversos centros normativos, democráticamente legitimados, que interactúan entre sí, y que se relacionan en términos de aplicabilidad normativa, primacía, supletoriedad y subsidiariedad⁴⁶.

Parejo Afonso, aunque inicialmente pareció mantener la primera posición, ha matizado la misma en el sentido de reconocer a la autonomía local un claro componente político al afirmar que la autonomía local da

Gobierno Local, pág. 41 que entiende que la dicción del artículo 137 sitúa en el mismo nivel a municipios, provincias y Comunidades Autónomas y, por tanto, dicho artículo predica una organización política cuya soberanía se reparte en tres niveles políticos de carácter territorial. No es la Ley la que atribuye a los entes locales la expresión de esta soberanía, sino la propia Constitución. La Ley la delimita, pero es la Constitución quien la reconoce. La explicación a la permanencia de la idea jacobina la atribuye el autor a un condicionamiento derivado de nuestra cultura jurídica actual del Derecho público, en las cuales las relaciones entre Política y Administración se ven presididas por el prisma hegemónico del Estado de derecho/principio de legalidad, en detrimento del otro prisma constitucional constituido por el Estado democrático/principio de representación.

Asimismo, y por su relieve, debe destacarse los trabajos de F. VELASCO CABBALLERO (2004), "Autonomía local y subsidiariedad en la reforma de los estatutos de autonomía", *Anuario de Gobierno Local*, "El gobierno local en la reforma de los estatutos: Estatutos de autonomía, leyes básicas y leyes autonómicas en el sistema de fuentes del Derecho local", en *Anuario de Gobierno Local*, 2005.

⁴⁵ Pueden verse sus trabajos F. CAAMAÑO DOMINGUEZ (2003), "Autonomía local y Constitución. Razones para recuperar la causa perdida", *Anuario del Gobierno Local*, "Autonomía Local y Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 70, 2004; o "La autonomía de los entes locales en positivo: la carta europea de la autonomía local como fundamento de la suficiencia financiera (coordinador)", Fundación Democracia y Gobierno Local, 2003.

⁴⁶ El citado autor explica muy bien la diferencia entre los sujetos administrativos y políticos por su vinculación a la Ley cuando señala que lo propio de los sujetos administrativos es que su actuar está vinculado positivamente a la ley, de suerte que cuentan con el derecho-deber de ejercer determinadas competencias legalmente asignadas y, a la par, única y exclusivamente pueden ejercitar aquéllas, aunque se les confiera un alto grado de discrecionalidad para su apreciación y desempeño. Sin embargo, los sujetos políticos sólo están vinculados negativamente a la ley y, por ello mismo, pueden hacer o no hacer todo aquello que la ley no les prohíbe. Gozan, por tanto, de una especie de competencia universal implícita que les permite llevar a cabo por sí mismos, es decir, por voluntad propia, cuantas políticas públicas consideren necesarias para atender a las demandas de la comunidad, mientras no estén legalmente proscritas. Si los sujetos administrativos tienen discrecionalidad; los sujetos políticos tienen autonomía. Mientras los primeros se relacionan con arreglo al principio de jerarquía, los segundos lo hacen, básicamente, a través del principio de subsidiariedad.

expresión no a una mera autonomía administrativa sino a una autonomía política derivada del origen democrático de sus componentes, si bien su ámbito de expresión es inferior al de los ordenamientos estatal y autonómico por la distinta capacidad de configuración social otorgados a éstos por el poder constituyente, aunque de igual sustancia⁴⁷.

⁴⁷ La posición del citado autor, muy relevante a nuestro juicio, es sin duda más compleja que la que expresan las líneas citadas más arriba. Cabe anotar aquí dos de sus trabajos donde aborda dicho tema que algunos, creo que de forma apresurada, han calificado de posición contradictoria (véase O. SALAZAR BENITEZ (2009), “Constitución, Estatutos de Autonomía y Gobierno Local: claves para una lectura constitucionalmente óptima de la autonomía local”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 309). Me refiero al ya citado y a “Una visión sobre el gobierno local”, en *Anuario del Gobierno Local*, 2004. Muy claramente la especifica en “Apuntes para el debate sobre la planta y la articulación interna de La administración Local”, *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 29, 2012, pág. 16, donde expone:

“Y del artículo 137 CE resultan con toda claridad los tres siguientes:

- Municipios y provincias integran conjunta e inseparablemente la Administración local, por lo que son Administraciones Públicas (más bien, podría decirse, un bloque orgánico de “Administración Pública”), aunque la gestión de los círculos de intereses que se les encomienda tenga, sin duda, sustancia política. Ésta es otorgada por la especificidad de la fórmula organizativa de dicha gestión, que, siendo llevada a cabo por los propios destinatarios o sus representantes directos, porta por ello, simultáneamente, la posibilidad de una pluralidad de opciones y la imposibilidad de que esta desborde la Ley ordinaria. Es esto justamente lo que expresa el principio de gobierno en el marco de la Ley: la traducción de las opciones en decisiones tiene lugar necesariamente en el plano administrativo o de rango inferior a la Ley.
- Los municipios y, por derivación, también las diputaciones, pertenecen a la categoría de las Administraciones territoriales-universales, pero integran en ella una especie singular claramente diferenciada de la que agrupa a las otras dos de ámbito más amplio: la General del Estado y la directa de las comunidades autónomas. Mientras estas son del tipo burocrático-profesional, cuya legitimación democrática es indirecta (se produce a través de la secuencia: dirección por el correspondiente Gobierno-dependencia/responsabilidad de este respecto de/ante el Parlamento de que traiga causa), municipios y (en segundo grado) diputaciones poseen legitimación democrática directa y responden a la fórmula de autoadministración, lo que supone la implicación en ella del derecho constitucional de los ciudadanos a la participación en los asuntos públicos que reconoce el artículo 23.1 CE. Participación en asuntos públicos = Administración común. La trascendencia de este dato, sea dicho de paso, es doble: la autoadministración local es un decisivo factor en la legitimación del Estado como un todo y, por tanto, un espacio de gestión administrativa que debe incluir el contenido máximo posible.
- La Administración local está ciertamente garantizada constitucionalmente como institución, pero al propio tiempo entregada –desde el respeto a sus características definitorias– a la labor organizativa del legislador ordinario. En el bien entendido que, por lo dicho, forma parte de tales características (ya desde la Constitución de Cádiz: artículos 321 a 323 y 335) la vocación

El título de la Ley de reforma ya es bastante aleccionador sobre la idea del legislador: “Administración local”. Se insiste en esa idea frente a la existente de nivel de gobierno en el Libro Blanco y en el Anteproyecto de Ley non nato elaborado en el período de gobierno anterior. Y es que la misma se decanta por considerar a los municipios inferiores a 20.000 habitantes en lo esencial como entidades administrativas, con personalidad jurídica, y con funciones básicamente representativas de la comunidad frente a otras instancias de gobierno, pero donde las funciones atinentes al gobierno del territorio, su planificación, su promoción social y económica, etc., corresponden a las Diputaciones Provinciales que se convertirían de hecho en el verdadero titular del gobierno local del mundo rural con las matizaciones realizadas con anterioridad⁴⁸. Y, por diferenciación, a partir de esa cifra de población los municipios, a juicio de la Ley, alcanzan el nivel y la competencia suficiente como para abordar dichas tareas. Muy especialmente los de mayor población, bien que limitadamente ya que la prelación en el uso de los recursos y en su capacidad de definición de un modelo de gobierno ha quedado seriamente limitada⁴⁹.

de configuración social (hoy por efecto de la combinación entre los artículos 1.1, 9.2, 23.1, 103.1, 140 y 141 CE), lo que determina que, en su organización, deba jugar no solo el principio de proximidad, propio de la convivencia inherente a la colectividad institucional, sino también el de eficacia y, por tanto, el básico organizativo de la adecuada distancia respecto de los asuntos gestionados”.

⁴⁸ Subyace a esta propuesta la idea de diferenciar entre Ayuntamiento como ente representativo y municipio prestador de servicios. Es decir, que, como indica M. ARENILLAS SAEZ, *op. cit.*, 175: “Las soluciones que se proponen en la actualidad para lograr eficiencia en la prestación de los servicios pasan principalmente por la fusión de municipios, cuyos intentos han fracasado en los dos últimos siglos. Teniendo en cuenta esta realidad, resulta más viable plantear la cuestión de la eficiencia desde la agrupación de determinados servicios en el nivel provincial/insular, manteniendo al pequeño municipio como núcleo de identidad y de participación política”.

⁴⁹ La situación es radicalmente distinta ahora y en la actualidad tras la reforma existen importantes limitaciones en cuanto a la priorización del gasto público que se deriva de las reglas fiscales que condicionan las decisiones presupuestarias de éstos, a saber: del límite de Deuda Pública (instrumentación de la Sostenibilidad Financiera), de la regla de gasto que impone que el gasto no financiero no puede crecer por encima del crecimiento a medio plazo del PIBn, la prioridad absoluta del pago de la deuda (prelación pagos ex. 187 TRLRHL), el uso del Patrimonio Municipal de Suelo para reducir Deuda Comercial y Financiera del Ayuntamiento (DF 4ª LRSAL), o la obligación de destino del superávit (Modificación Art. 32 LOEPSF).

De esta forma, F. VELASCO CABALLERO (2013), “Nuevo régimen de competencias municipales en el ARSAL”, *Anuario de Derecho Municipal 2012*, Madrid, ha denunciado dicha situación en que “el ALRSAL establece un *criterio de prelación para el ejercicio de las competencias* municipales. Según esto, ya no es cada municipio quien prioriza sus actividades y su gasto (en el marco de sus competencias), sino que es la

categorización legal de las competencias quien guía la actividad municipal. En efecto, en el ALRSAL se establece que la actividad local debe estar dirigida, primariamente, a: el cumplimiento de los *servicios obligatorios* del art. 26.1 LBRL; el cumplimiento de las *competencias delegadas* conforme a los parámetros de funcionamiento y financiación en cada caso pactados con la Administración supramunicipal (art. 27 LBRL); y el ejercicio de las competencias propias que les atribuyen las leyes (art. 7.2 LBRL). Más allá de estas competencias (servicios obligatorios, competencias delegadas y competencias propias), y sólo una vez garantizada su «sostenibilidad financiera», el municipio puede ejercer las llamadas «competencias impropias» y la *iniciativa económica* (art. 7.4 LBRL). Este esquema de prelación competencial es escasamente coherente con la garantía constitucional de autonomía local, con el mandato constitucional de legitimidad democrática directa de los municipios (arts. 1.1 y 140 CE) y con la garantía constitucional de suficiencia financiera y autonomía en el gasto (art. 142 CE). Recordemos en primer lugar que, conforme a la jurisprudencia constitucional, el principio democrático naturalmente da lugar a poderes decisorios propios, incluso normativos. Y bien, el sistema democrático local queda parcialmente vacío de sentido cuando el gobierno municipal electo no puede establecer sus propias prioridades funcionales y de gasto (en coherencia con la correspondiente oferta electoral)”.

3.

LÍNEAS CLAVES PARA LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA

PILAR BENSUSAN MARTÍN

*Professora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Granada*

Sumario: *I. Introducción. II. Razones Fundamentales Para la Reforma de la Administración Pública Española. III. Líneas Claves para la Reforma de la Administración en España. Especial Referencia a la Administración General del Estado. 3.1. Racionalización y reestructuración del sector público. 3.2. Racionalización de la Administración institucional y del sector público empresarial y fundacional. 3.3. Racionalización del empleo público. 3.4. Generalización de sistemas de medición de la eficiencia. 3.5. Asignación más eficiente y optimizada de los recursos presupuestarios. 3.6. Impulso de la Factura Electrónica y del Registro Contable. 3.7. Gestión compartida de servicios y medios comunes. A) Medios informáticos. B) Inmuebles. C) Tesorería. D) Contratación. E) Notificaciones. F) Parques móviles. G) Medios de impresión y edición. H) Medios aéreos y marítimos. I) Reforma de la Ley General de Subvenciones. 3.8. Simplificación de las relaciones de la Administración con los ciudadanos y las empresas: la Administración al servicio de los ciudadanos y de las empresas. A) Legislación de Garantía de la Unidad de Mercado. B) Codificación del Derecho. C) Legislación de control de la deuda comercial en el sector público. D) Manual de reducción de cargas administrativas. E) Grandes Proyectos de Simplificación. F) Impulso de la Administración Electrónica. G) Apoyo a las empresas y a la inversión. H) Atención al ciudadano. IV. La Reforma de la Administración en Otros Países de Nuestro Entorno. Mención Especial a Reino Unido, Canadá y Francia. 4.1. La Reforma de la Administración Pública en Reino Unido: la Labor del Cabinet Office. 4.2. La Reforma de la Administración Pública en Canadá: el Program Review. 4.3. La Reforma de la Administración Pública en Francia. V. Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Se ha producido en los últimos años una creciente concienciación de que la Administración Pública española debe adaptarse a las demandas de la sociedad del siglo XXI, que requiere una Administración moderna, cercana al ciudadano y menos burocratizada, que se desprenda definitivamente de los últimos vestigios de una cultura burocrático-autoritaria, avanzando hacia una mayor transparencia y participación y mayores niveles de responsabilidad, y huyendo a su vez de la opacidad y las ideologías tecnocráticas¹.

Según el barómetro del CIS² de mayo de 2012, monográfico dedicado a las Administraciones Públicas, el 47,3% de los encuestados valoraba negativamente el funcionamiento de las Administraciones Públicas, mientras que el 25,7% lo consideraba positivo, habiendo empeorado progresivamente desde el año 2007³. Datos preocupantes sobre esta creciente desafección ciudadana hacia nuestras Administraciones, máxime si se tiene presente la importancia de las Administraciones Públicas en la sociedad actual, en donde tienen un papel crucial en el mantenimiento y la consolidación del Estado del bienestar, fundamentalmente a la vista de su protagonismo en las cuestiones sociales, tales como la educación, la sanidad, la dependencia, etc. Su reforma supondría un incremento de su credibilidad social, ya que actualmente muchos de sus entes son percibidos por los ciudadanos como inútiles o como centros de colocación de afines políticos y familiares⁴.

Desgraciadamente ha tenido que ser una crisis económica la que sirva de detonante para el inicio de la reforma de la Administración Pública española, mientras que en los últimos treinta años la mayoría de los países de la OCDE⁵ ya han puesto en marcha medidas para la reforma de sus Administraciones Públicas. Aunque todas hayan tenido su origen en mayor o

¹ A este respecto, *vid.*, J. SEVILLA SEGURA (2010), *La reforma de la Administración General del Estado*, Madrid, LID, p. 6.

² Centro de Investigaciones Sociológicas.

³ Concretamente, la valoración sobre el funcionamiento de las Administraciones Públicas es muy negativa para el 10,7% y bastante negativa para el 38,6%, mientras que es muy positiva para el 1,2% y bastante positiva para el 24,5%. Barómetro del CIS de mayo de 2012 (Estudio nº 2.944).

⁴ M. CÓRDOBA, D. DELGADO, R. DÍVAR, J. M. ROMÁN (2013) *Propuestas para la reforma de la Administración General del Estado*, Madrid, Fundación Ciudadanía y Valores, p. 7.

⁵ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

menor medida en la necesidad de contener el gasto⁶, pero, a su vez, en el deseo de procurar una transformación profunda de sus Administraciones con la finalidad de adaptarse completamente a las modernas necesidades ciudadanas, en la que sea prioritaria la mejora en la calidad, eficacia y eficiencia, y sin que se resientan los servicios públicos, aunque se racionalice su coste.

Mejorar la eficacia, eficiencia y calidad en la búsqueda de una Administración al servicio de los ciudadanos basada en la transparencia⁷, la accesibilidad y la capacidad de respuesta ante las actuales demandas de los ciudadanos, lo que conecta con el concepto de “Gobierno abierto” extendido en los países de la OCDE. Se trata de un cambio en la perspectiva, en la forma de pensar la Administración Pública, y de materializarla.

En consecuencia, la reforma de las Administraciones Públicas no sólo es la madre de todas las reformas de un Estado basada en una urgencia fiscal, sino que también refleja una voluntad política de cambio no sólo obligada por criterios económicos⁸.

No obstante lo anterior, la ingente tarea de reformar las Administraciones Públicas necesita apoyo público por parte de la ciudadanía, en la que existe plena conciencia de la imperiosa necesidad de reducir el tamaño de la Administración Pública española y de mejorar su funcionamiento. Asimismo se necesita tiempo, toda vez que la Administración no se transforma de un día para otro, sino tras un profundo análisis de sus debilidades, de las posibilidades de mejora y de las propuestas de cambio, tras lo cual comienza el proceso de reformas⁹, que a estas alturas de 2015 se encuentra en pleno desarrollo en nuestro país, quedando aún un importante camino por recorrer.

⁶ La Administración española equivale en términos de gasto público en la Unión Europea a casi el 50% del PIB, concretamente, el 44,3% en 2013 y el 42,3% en 2014, mientras que los ingresos públicos han caído hasta el 36,4% –el 10% del PIB–, bastante por debajo de la zona euro, siendo España uno de los países con menos ingresos públicos, sólo por delante de Irlanda y Eslovenia. En otros países de nuestro entorno, el gasto público se encuentra en cifras semejantes, Francia el 56,6% del PIB, Alemania el 45%, Reino Unido el 48,5% e Italia el 50,7%.

⁷ Y es que la transparencia no sólo facilita el control externo de las Administraciones Públicas, sino también ayuda a legitimarlas desde la perspectiva de los ciudadanos y de los operadores y favorece su autocontrol. *Vid* al respecto, R. PIZARRO NEVADO (2004), “La reforma de la Administración General del Estado en España”, *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 6, núm. 2, p. 86.

⁸ Con la reforma de nuestras Administraciones Públicas se pretende ahorrar 37.620 millones de euros.

⁹ A partir del año 2012.

Y es que la reforma no sólo afecta a estructuras y procedimiento, sino también a la propia cultura de la Administración, esto es, al modo en que los ciudadanos y las empresas perciben la Administración, se relacionan con ella y al funcionamiento de la misma, siendo la medida de carácter estructural de mayor trascendencia para el correcto funcionamiento del Estado y de la economía, por lo que la responsabilidad y el compromiso político para impulsar esta ingente reforma debe mantenerse a lo largo del tiempo.

Recordando a Tocqueville, las ideas de la Revolución Francesa triunfaron porque se habían impuesto en las almas de los ciudadanos antes de llegar a la letra de la ley¹⁰, extrapolarlo esta reflexión a la cuestión que aquí nos ocupa, el impacto que en nuestra conciencia colectiva está causando la crisis económica es evidente que lleva a la ciudadanía a reclamar reformas en las Administraciones Públicas.

II. RAZONES FUNDAMENTALES PARA LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

España, no obstante lo anterior, tradicionalmente ha contado con una Administración que no puede considerarse mala, aunque sí con insuficiencias, redundancias, solapamientos, duplicidades y gastos superfluos e innecesarios, que deben corregirse para procurar la eficacia, eficiencia y calidad antedichas, convirtiendo a nuestra Administración en moderna, más ágil y transparente, simplificada y adaptada a las nuevas tecnologías, y así reducir las cargas administrativas de los ciudadanos.

Por ello, junto a estos motivos, una de las razones fundamentales de la reforma de nuestra Administración Pública se centra en el sobredimensionamiento que ha experimentado en los últimos diez años en cuanto al número de empleados públicos¹¹. En 2011 había 3.220.600 empleados públicos, y en 2012, 2.338.661, de ellos, 234.685 pertenecientes a la Administración General del Estado, 1.351.883 a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, 597.212 a las Entidades Locales y 154.881 a las Universidades.

Y es que, tras la promulgación de la Constitución Española de 1978, la creación de las Comunidades Autónomas y de ciertas Entidades Locales

¹⁰ A. de TOCQUEVILLE (2004), *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Madrid, Alianza Editorial, p. 254.

¹¹ Desde 2007-2011, en los comienzos de la crisis económica, se produjo sin embargo un fuerte incremento en el número de empleados públicos, concretamente en 288.700 empleados públicos más según la EPA. Pero desde 2012 se ha tenido que proceder a su reducción en 378.800 servidores públicos.

ha originado un aumento del gasto de las Administraciones Públicas, toda vez que entre 1982 y 2012 se llegó a duplicar el número de empleados públicos, pasando éstos de 1.124.162 a 2.183.780, aunque curiosamente se redujo su número hasta pasar a la cuarta parte en la Administración General del Estado, multiplicándose por cuatro en las Entidades Locales y por la friolera de treinta en las Administraciones de las Comunidades Autónomas¹².

Se hace pues urgente la reforma de la Administración Pública española, pero no sólo de las Administraciones autonómica y local, basadas en el número de empleados públicos que soportan, sino también de la Administración General del Estado, porque existen redundancias, duplicidades, solapamientos, insuficiencias en todas ellas que las convierten en obsoletas, costosas y materialmente ineficaces en sus relaciones con los ciudadanos.

A efectos de emprender esta ingente tarea de reforma estructural de nuestras Administraciones Públicas, el 26 de octubre de 2012 el Gobierno encargó a la Comisión para la Reforma de la Administración Pública española (CORA)¹³ la emisión de un informe (Informe CORA), finalizado a 21 de junio de 2013¹⁴, que cuenta con 217¹⁵ propuestas y recomendaciones concretas para modernizar las Administraciones, no sólo haciéndolas más austeras, sino también más útiles, más eficientes, con menos burocracia y menos ventanillas. Sin embargo, a momento de hoy esta propuesta de reforma todavía no se encuentra implantada, habiéndose procedido a realizar reformas puntuales de sectores concretos de la Administración.

Podríamos sintetizar en diez las razones por las que es necesaria una profunda transformación en las Administraciones Públicas españolas, y, por ende, en la Administración General del Estado: porque lo público importa y

¹² Como señala J. VALERO IGLESIAS (2010), “Elementos para una reflexión sobre la Administración General del Estado”, *Revista Documentación Administrativa*, 286-287, pp. 28, se trata de una transformación espectacular desde que en 1982 la Administración General del Estado representaba en 82% del empleo público (hoy el 22,8%), las Comunidades Autónomas el 3,8% (hoy el 52,6%) y la Administración Local el 14,4% (hoy el 24,5%).

¹³ Esta Comisión ha contado a su vez con cuatro subcomisiones, de Duplicidades administrativas (para abordar las duplicidades producidas fundamentalmente entre la Administración General del Estado y las de las Comunidades Autónomas), de Simplificación administrativa (para revisar las tareas burocráticas que dificultan la tramitación de los procedimientos administrativos), de Gestión de servicios y medios comunes (para centralizar actividades de gestión susceptibles de desempeñarse de manera unificada o coordinada) y de Administración institucional (para modificar y racionalizar la tipología de entes existentes).

¹⁴ INFORME CORA, *Reforma de las Administraciones Públicas*, (2013), Gobierno de España.

¹⁵ De ellas, 119 afectan al Estado y a las Comunidades Autónomas y 78 exclusivamente a la Administración General del Estado.

no podemos permitirnos su funcionamiento inadecuado; porque el escenario ha cambiado y en el siglo XXI no encajan los modelos de otras épocas; porque si la situación actual se prolonga las cuentas no salen; porque en tiempos de crisis se recurre más al Estado; porque en una época de globalización el Estado y su Administración son observados más allá de nuestras fronteras; porque los ciudadanos han cambiado y por tanto los servicios que demandan; porque los ciudadanos exigen transparencia¹⁶ y saber a qué se dedican los recursos públicos; porque los ciudadanos exigen participar activamente en la vida pública y no se conforman con votar cada cuatro años; porque la nueva realidad exige que el sector público y el privado tengan una agenda compartida; y porque la salud de nuestras Administraciones Públicas afecta al conjunto de la sociedad y a todo el país¹⁷.

III. LÍNEAS CLAVES PARA LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN EN ESPAÑA. ESPECIAL REFERENCIA A LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

Tras las reflexiones anteriores, corresponde ahora pues proceder al análisis de las líneas claves que deben conducir a la efectiva reforma estructural de la Administración Pública española, haciendo especial referencia a las relativas a la Administración General del Estado, y que, evidentemente, en su gran mayoría, se trata de medidas plenamente extrapolables al resto de Administraciones Públicas existentes en España, por lo que deben considerarse claves para la reforma de toda la Administración española.

3.1. Racionalización y reestructuración del sector público

Ambas acciones, racionalización y reestructuración del sector público, deben de tener como punto de partida la supresión de órganos y entidades duplicadas, insuficientes o insostenibles, porque fundamentalmente este problema se produce por la existencia de duplicidades entre la Administración General del Estado y las de las Comunidades Autónomas, y no sólo las Comunidades deben de ejercer sus facultades de autoorganización

¹⁶ En este sentido es de destacar la reciente creación del Portal de la Transparencia del Gobierno de España <transparencia.gob.es>, que remite asimismo a los también novedosos portales de transparencia de todas Comunidades Autónomas y de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

¹⁷ *Vid.* al respecto, INFORME PwC, (2012), *¿En qué hay que transformar la Administración Pública española? Cómo afrontar el reto del cambio del sector público*, PricewaterhouseCoopers, p. 5-34.

reduciendo y eliminando órganos administrativos, sino que también el Estado debe contribuir a que las Comunidades Autónomas mejoren en eficiencia en el ejercicio de sus competencias. Además, si existe concurrencia de competencias sectoriales o territoriales, ambas Administraciones deben optar por una planificación conjunta o una gestión integrada, conectando bases de datos y registros públicos estatales y autonómicos, y procurando la disponibilidad de sistemas electrónicos de información mutua, cada vez más integrados, como ha puesto de relieve la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

Debe, por tanto, hacerse plenamente efectivo el cumplimiento del principio de “*una Administración, una competencia*”, a lo que debe añadirse la prestación de un servicio con gran calidad – mejor o igual que el hasta ahora prestado –, pero a un menor coste.

En este ámbito de reformas, algunas Comunidades Autónomas han llegado a plantear o efectuar transformaciones en entidades de gran trascendencia institucional, tales como sus propias Asambleas Legislativas¹⁸ o Defensores del Pueblo¹⁹, reduciéndolas o incluso eliminándolas.

A ello se añade que algunos servicios pueden ser ejercidos por la Administración General del Estado con igual o mejor calidad incluso que como venían siendo prestados por las Comunidades Autónomas²⁰, o pueden ambas compartir medios²¹.

Otro pilar fundamental que debe presidir la racionalización y reestructuración del sector público se debe centrar en evitar la proliferación de observatorios públicos existentes. El Informe CORA recomienda la eliminación de hasta 90 de estos observatorios, por ser redundantes con otros²².

¹⁸ Caso de Castilla-La Mancha, que ha reducido su Asamblea Legislativa, pasando de 49 diputados a tener sólo 33.

¹⁹ Los Defensores del Pueblo de las Comunidades Autónomas cuestan 25 millones de euros al año. De entre ellos, concretamente el Sindic catalán, 7 millones de euros; el Defensor del Pueblo andaluz, 5 millones de euros; el Aranteko vasco, 4,7 millones de euros; el Sindic valenciano, 3,3 millones de euros y el Justicia de Aragón, 2 millones de euros.

²⁰ Piénsese, a modo de ejemplo, en los Tribunales de Cuentas, Agencias de Protección de Datos, Agencias de Evaluación Universitarias, Agencias de Meteorología, Agencias Autonómicas de Energía, Institutos de Opinión, Institutos Cartográficos, Organos de Inspección de Aeropuertos, Organos de Defensa de la Competencia, Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, etc.

²¹ Por ejemplo, oficinas en el exterior, gestión de centros educativos, formación de empleados públicos, conservación de carreteras, etc.

²² INFORME CORA, *op. cit.*, p. 16.

3.2. Racionalización de la Administración institucional y del sector público empresarial y fundacional

Se trata, sin duda, de uno de los caballos de batalla de la reforma, toda vez que la confusión que generan en la ciudadanía es mayúscula, así como la inseguridad jurídica y la ineficiencia para los agentes económicos, por lo que el objetivo prioritario debe centrarse en la reducción de estas entidades y en la reforma del régimen legal de las subsistentes y de sus órganos directivos.

No en vano, muchas de las modificaciones normativas hasta ahora efectuadas se han dirigido en este sentido, como, por ejemplo, el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, el Plan de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional Estatal²³, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que suprime hasta ocho organismos reguladores, la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, o la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Haciéndose precisa la aprobación de una nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público²⁴ y así como de una nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas²⁵.

Y es que la creación de cualquier organismo público debe ser absolutamente restrictiva y acompañarse de una estricta justificación de las razones que motivan dicha creación, siempre previa valoración de la hipotética existencia de duplicidades, debiendo evaluarse periódicamente su virtualidad y, si no subsistieren los motivos de su constitución, debería procederse

²³ Aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, que afecta a 86 sociedades y fundaciones públicas, entre disoluciones, fusiones y liquidaciones.

²⁴ Actualmente se encuentra aprobado el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, n° 154-1, de 18 de mayo de 2015.

²⁵ Actualmente se encuentra aprobado el Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, n° 155-1, de 18 de mayo de 2015.

a su extinción. Por ello, antes de crearse nuevas entidades por las Administraciones Públicas, debe de comprobarse la ausencia de duplicidades con otras, haciendo efectiva la prohibición del artículo 11.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Para evitar las confusiones mencionadas supra, la tipología de estas entidades debe ser clara y precisa, no sólo para las de la Administración General del Estado, sino para las de todas las Administraciones Públicas, dada la heterogeneidad y dispersión existente actualmente en este tipo de entidades, a la vez que debe tenderse hacia el establecimiento de un marco básico común, cosa que sin duda intenta el reciente Proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

Las medidas en el ámbito de la Administración General del Estado deben ir encaminadas hacia los siguientes extremos: Supresión de organismos autónomos, integrándose sus medios en la organización ministerial correspondiente²⁶; Fusión de organismos autónomos, que se integran en otros ya existentes²⁷; Organismos autónomos que asumen las funciones y medios de centros directivos de la organización ministerial²⁸; Fusión en una misma entidad de entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social²⁹; Supresión de entidades mancomunadas de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales; Supresión de consorcios³⁰; Unificación de consorcios en una única persona jurídica³¹; Supresión de fundaciones, integrándose sus medios en la organización ministerial correspondiente, en otros entes públicos o en otras fundaciones³²; Fundaciones

²⁶ Como, por ejemplo, el Consejo de la Juventud de España o la Cría Caballar de las Fuerzas Armadas.

²⁷ Como, por ejemplo, el Instituto Nacional del Consumo (que se integra en la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición), el Servicio Militar de Construcciones (se integra en el INVIED), o el Canal de Experiencias Hidrodinámicas de El Pardo (se integra en el INTA).

²⁸ Como, por ejemplo, el Instituto de la Mujer, que asume las funciones de la Dirección General de Igualdad de Oportunidades.

²⁹ Como, por ejemplo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Instituto Social de la Marina y la Tesorería General de la Seguridad Social.

³⁰ Como, por ejemplo, el Consorcio Instituto de Investigación sobre Cambio Climático de Zaragoza, el Consorcio para la Construcción del Auditorio de Málaga, o el Consorcio Solar Decathlon.

³¹ Como, por ejemplo, los ocho Consorcios del Centro de Investigación Biomédica en Red.

³² Como, por ejemplo, la Fundación AENA, la Fundación Iberoamericana para

que dejan de tener la consideración de fundaciones públicas³³; Fundaciones que cambian de Ministerio de adscripción³⁴; Fundaciones que se convierten en organismo público³⁵; Supresión de entidades públicas, integrándose sus medios en la organización ministerial correspondiente³⁶; Extinción de sociedades mercantiles³⁷; e Integración de servicios comunes de organismos autónomos y agencias estatales³⁸.

3.3. Racionalización del empleo público

Todas estas medidas en el ámbito de la Administración General del Estado, evidentemente, deben de ir acompañadas de medidas estructurales de racionalización del empleo público esenciales en el proceso de reforma de las Administraciones Públicas, y no sólo coyunturales provocadas por la crisis económica. Estas medidas son siempre polémicas porque afectan al capital humano que presta sus servicios normalmente con vocación de servicio público³⁹.

el Fomento de la Cultura y Ciencias del Mar, la Fundación Colegios Mayores MAEC-AECID, la Fundación para la Proyección Internacional de las Universidades Españolas, la Fundación Centro Nacional del Vidrio, la Fundación Centro de Estudios Económicos y Comerciales, la Fundación Taller Juan José, la Fundación Centro Nacional de Referencia de Aplicación de las Tecnologías de la Información, la Fundación Ciudad de la Energía, la Fundación Española para la Innovación de la Artesanía, la Fundación Desarrollo de la Formación en las Zonas Mineras del Carbón, la Fundación Observatorio Español de la Acuicultura y la Fundación ENRESA.

³³ Como, por ejemplo, la Fundación General de la UNED, la Fundación de Aeronáutica y Astronáutica Españolas, la Fundación Museo do Mar de Galicia y la Fundación Canaria de Puertos de Las Palmas.

³⁴ Como, por ejemplo, la Fundación de Víctimas del Terrorismo, que pasa a estar adscrita al Ministerio del Interior.

³⁵ Como, por ejemplo, la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA).

³⁶ Como, por ejemplo, la Gerencia del Sector de la Construcción Naval.

³⁷ Como, por ejemplo, la Sociedad Logística y Transporte Ferroviario, S.A., la Sociedad de Estiba y Desestiba del Puerto de La Gomera, la Sociedad de Estiba y Desestiba del Puerto de La Estaca, del Hierro, la Sociedad Mercantil Programas y Explotaciones de Radiodifusión, S.A. y la Sociedad Mercantil La Almoraima, S.A.

³⁸ Como, por ejemplo, el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP); el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, el Centro de Estudios Jurídicos, el Instituto de Estudios Fiscales, la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), el Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas, el Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria, el Instituto de Estudios Oceanográficos, el Instituto Geológico y Minero de España, el Instituto de Salud Carlos III y el Instituto de Astrofísica de Canarias.

³⁹ A este respecto, *vid.*, M. SÁNCHEZ MORÓN (2012), "La Administración tras la

Aunque ya se han llevado a cabo acciones en esta dirección similares a las de otros países⁴⁰, las líneas claves para la racionalización del empleo público pueden concretarse en las siguientes: Congelación de ofertas de empleo público (ya en 2012, 2013 y 2014 la tasa de reposición ha sido cero, excepto en determinados ámbitos muy concretos de la Administración dedicados a la prevención del fraude, seguridad, etc.); Despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción para el personal no funcionario; Reducción de días de asuntos propios; Modificación de las condiciones de acceso y permanencia en situación de incapacidad temporal; Generalización de la modificación de la edad de jubilación ordinaria, pasando de los 65 años a los 67 (se ha fijado un período transitorio de catorce años para la implantación progresiva de esta medida); Extensión mínima de la jornada laboral del sector público a 37,5 horas semanales; Plan de reducción del absentismo laboral; Modificación del régimen de incompatibilidades; Modificación del régimen de permisos sindicales; Determinación del régimen jurídico del personal que presta servicios públicos al objeto de diferenciar el personal laboral del personal funcionario; Reconsideración del personal eventual, combinando la discrecionalidad en el nombramiento con experiencia y capacitación profesional; Establecimiento de indicadores de medición de cargas de trabajo y de mecanismos para la evaluación del desempeño⁴¹; Articulación de mecanismos para aumentar la movilidad interna e interadministrativa para hacer más eficientes los recursos humanos de cada Administración; Reducción del altos cargos en la Administración General del Estado, de Subdirectores Generales, de miembros de Consejos de Administración y de personal directivo de entidades públicas; e Implantación de medidas de empleo público de carácter sectorial⁴².

crisis: el empleo público”, *SUMAS 2012*, Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, pp. 1-12.

⁴⁰ Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

⁴¹ A este respecto, *vid.*, A. L. CABAL CIFUENTES, “La evaluación del desempeño en las Administraciones Públicas”, Seminario Internacional Luso-Español *Instrumentos para mejorar la eficiencia del Sector Público*, 29 y 30 de abril de 2015, Coimbra, Portugal; IDEM (2011), “La carrera profesional y la evaluación del desempeño”, *Clarificación Estratégica*, Oviedo, Gobierno del Principado de Asturias; y J. E. QUESADA LUMBRERAS (2015), *La carrera profesional en el sistema de empleo público español: Modelos, análisis y propuestas*, Navarra, Aranzadi, pp. 129-141.

⁴² Para la racionalización del empleo público en el ámbito local, *vid.*, F. A. CASTILLO BLANCO (2012), “Requisitos para la aplicación de medidas de ajuste en el sector público local: La necesaria aprobación de un plan de empleo para proceder a despidos colectivos”, *Seminari d’actualització de Funció Pública Local, Federació de Municipis de Catalunya*, pp. 1-22; R. JIMÉNEZ ASENSIO y F. A. CASTILLO BLANCO (2009) *Informe sobre el Empleo Público Local. Balance y propuestas para su racionalización en el marco*

3.4. Generalización de sistemas de medición de la eficiencia

A día de hoy, como se acaba de adelantar supra, ya existen sistemas de medición de la eficiencia en determinadas unidades de la Administración General del Estado, por lo que el objetivo debe centrarse en generalizar la implantación de estos sistemas a efectos de conseguir que se mida la carga de trabajo de las distintas unidades administrativas, calcular el tiempo medio de tramitación de los expedientes administrativos y evaluar la productividad de cada unidad administrativa.

Esta implantación generalizada de sistemas de medición de la eficiencia de las unidades administrativas comportaría una más eficaz reasignación de recursos humanos y económicos al tiempo que también se corregiría uno de los problemas que más preocupan a los ciudadanos/administrados, cual es la demora en la tramitación y resolución de los expedientes administrativos.

3.5. Asignación más eficiente y optimizada de los recursos presupuestarios

Se hace absolutamente imprescindible el presupuestar los gastos corrientes en bienes y servicios y en inversiones reales con estándares más eficientes, introduciendo criterios basados en la asignación económica de lo que verdaderamente se necesite gastar en cada partida en correspondencia con una gestión óptima del servicio o suministro, y no partiendo de lo presupuestado y ejecutado en el año anterior.

3.6. Impulso de la Factura Electrónica y del Registro Contable

Con la finalidad de agilizar los procedimientos de pago a proveedores, debe de impulsarse la factura electrónica, para lo cual también se hace necesario un punto de registro de facturas electrónicas así como de tramitación electrónica de las mismas. Con estas medidas se pretende asegurar la certeza de las facturas pendientes de pago, mejorándose los controles para cumplir los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, así como para controlar los períodos medios de pago y luchar contra

del empleo público, Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local; y autonómico, *vid.*, F. A. CASTILLO BLANCO (2012), “El Estatuto Básico del Empleado Público: Las competencias autonómicas”, *Revista Catalana de Dret Public*, 45, pp. 21-46.

la morosidad en el pago por parte de las Administraciones Públicas.

3.7. Gestión compartida de servicios y medios comunes

Con el propósito de ahorrar costes, la Administración General del Estado debe de generalizar esta práctica de gestión compartida de servicios y medios comunes tanto para los organismos existentes como para los de nueva creación⁴³, gestión común que, si va unida de la centralización de estos servicios y medios comunes, redundará también en mejoras en la eficiencia.

Entre los ámbitos que deben ser objeto de esta gestión común podemos destacar los siguientes:

A) Medios informáticos

Lo primordial, en cuanto a los medios informáticos, se centra en racionalizar las estructuras organizativas en el ámbito de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) de la Administración General del Estado, tanto desde el punto de vista de los recursos que deban asignarse como desde la perspectiva de la propia gobernanza. Debe asimismo procurarse la consolidación y reutilización de las infraestructuras y servicios comunes y generalizar la estandarización de los mismos a efectos de facilitar la compartición. El Informe CORA propuso la creación del *Chief Information Officer* (CIO) en la Administración General del Estado para la elaboración de la Estrategia TIC y la Agencia TIC⁴⁴.

B) Inmuebles

En el ámbito de los inmuebles públicos existen, en primer lugar, numerosos de ellos que forman parte de los bienes patrimoniales de la Administración General del Estado que deberían ponerse a la venta, fundamentalmente por falta de utilización u obsolescencia de la misma.

Y es que el 46% de los inmuebles públicos que pueden ponerse a

⁴³ Salvo por razones de eficiencia, conforme al artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

⁴⁴ INFORME CORA, *op. cit.*, p. 21.

la venta en dicha Administración pertenecen a Infraestructuras y Equipamientos de la Defensa y al Instituto de la Vivienda. En concreto, de la lista de 15.135 edificios enajenables repartidos por toda España elaborada por el Ejecutivo, la mayoría de ellos, 8.170, pertenecían hasta ahora al Ministerio de Defensa y al Instituto de la Vivienda. Además, la lista recoge otros 5.017 edificios a la venta de Patrimonio del Estado, 1.524 de Adif, 131 de las sociedades del Grupo SEPI – 112 de Correos y 19 de SEPIDES –, 117 de la Tesorería General de la Seguridad Social y otros 19 de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de la Seguridad del Estado.

Pero es que además existe un elevado número de inmuebles que la Administración General del Estado tiene arrendados, haciendo frente a cuantiosos costes en arrendamientos, a lo que se añade una excesiva dispersión de sedes administrativas, los bajos niveles de ocupación de las mismas y, lo que es peor, la existencia de una parte importante de patrimonio sin utilizar mientras se pagan rentas considerables. Por ello debe de optimizarse la ocupación de los espacios, reducir el gasto en arrendamientos y construirse o reformarse los equipamientos verdaderamente necesarios.

La falta de identificación de la totalidad de los inmuebles de la Administración General del Estado dificulta estas acciones, por ello la Dirección General de Patrimonio ya ha puesto en marcha algunas medidas para subsanar este problema.

C) Tesorería

El objetivo primordial en este ámbito es la reducción de gastos y la optimización de ingresos. Las medidas deben centrarse en la centralización del pago de nóminas y de las cuentas corrientes, toda vez que la Administración General del Estado ha llegado a tener la friolera de 4.800 cuentas bancarias abiertas. Deben mejorarse también los mecanismos de recaudación tributaria y no tributaria, así como coordinar el calendario de ingresos con el de pagos, y mejorar la gestión de los saldos.

D) Contratación

En materia de contratación se hace imprescindible la reforma de las contrataciones de suministros y servicios de los Departamentos ministeriales, a efectos de reducir el gran número de órganos de contratación, reducir la escasez de compras centralizadas, la diversidad de métodos de gestión, la ausencia de unidad de criterios y la diversidad en los niveles de

calidad de los productos suministrados, que debe de homogeneizarse.

E) Notificaciones

Aunque desde el año 2007 las normas han ido extendiendo la posibilidad de que la Administración y los ciudadanos se relacionen electrónicamente, en el momento actual las notificaciones de la Administraciones Públicas pueden ser tanto postales como electrónicas. No obstante, en la Administración General del Estado empieza a generalizarse la notificación electrónica, que reduce costes y agiliza la tramitación al tiempo que garantiza la seguridad jurídica en las actuaciones administrativas. En el supuesto de que no pudiera obviarse la notificación en papel, sería interesante que se generalizase la existencia de centros de impresión y ensobrado compartidos, aunque puede tratarse de una medida difícil de implantar.

F) Parques móviles

España es el sexto país del mundo con más coches oficiales, incluso por delante de Rusia, China, Japón, Canadá y Australia, y, si se computan en función de los habitantes, nos situaríamos en cuarto lugar, por delante incluso de Estado Unidos. Y es que el parque móvil de España ha llegado a estar formado por 35.000 vehículos⁴⁵, con un coste de 15 millones de euros anuales para las arcas públicas.

Aunque ya se ha puesto en marcha un proceso de reestructuración en el parque móvil del Estado, que debería proseguir, el parque móvil de los Departamentos ministeriales debe ser igualmente objeto de reducción inmediata, determinando los vehículos prescindibles por su falta de uso, por su estado de conservación o por la innecesariedad de que determinados cargos públicos posean coche oficial.

Se calcula que la reducción debería de alcanzar finalmente a un 86%

⁴⁵ La Administración General del Estado cuenta con 864 coches oficiales, con 958 chóferes, mientras que la norteamericana sólo tiene 412. En la Administración de las Comunidades Autónomas hay 9.200 (571 por Comunidad Autónoma) y en la Administración Local, los Ayuntamientos cuentan con 11.000 y las Diputaciones con 1.200.

de los coches oficiales de las Administraciones Públicas, minimizando el gasto al máximo también con la contratación de seguros colectivos, contratación conjunta de servicios de mantenimiento, reparación, etc. de dichos vehículos y uso de tarjetas de carburante.

G) Medios de impresión y edición

Los medios de impresión y edición de la Administración General del Estado carecen de una gestión global y unificada, existiendo actualmente además numerosos centros de impresión no actualizados que producen mucho gasto. Junto a ello, la carencia de medios de impresión y edición o existencia de medios obsoletos o insuficientes provoca que muchos organismos recurran a la contratación externa para imprimir o editar, lo que lleva a un incremento mayor aún del gasto en estas partidas.

La racionalización de estos servicios y la supresión de los medios obsoletos e innecesarios se convierten en primordiales, máxime cuando se pueden potenciar las grandes imprentas de la Administración General del Estado, especialmente la del Boletín Oficial del Estado.

H) Medios aéreos y marítimos

Los medios aéreos y marítimos con los que cuenta la Administración General del Estado están en la actualidad excesivamente diversificados en diferentes organismos⁴⁶, proliferación y duplicidad que provoca un coste económico de explotación muy superior, y no sólo por la dispersión de dichos medios, sino también por el recurso a la contratación externa para el mantenimiento de los mismos.

Como contrapartida, el Ejército del Aire y la Armada disponen de recursos humanos e instalaciones y medios adecuados como para que se tienda hacia la operación unificada de tales medios aéreos y marítimos por parte del Ejército del Aire y de la Armada, mediante fórmulas de colaboración con el resto de organismos de la Administración General del Estado y siempre bajo la dirección y el control del organismo competente de ésta.

Debe avanzarse asimismo hacia una homogeneización y estanda-

⁴⁶ Servicio de Vigilancia Aduanera, Servicios contra incendios, Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR), Guardia Civil, buques científicos, etc.

rización de los medios aéreos y marítimos que se adquirieran en el futuro, fundamentalmente de aquéllos que puedan ser multifuncionales, no sólo para homogeneizar la formación de quienes los utilicen, sino también para que puedan ser utilizados por diversos organismos al mismo tiempo.

I) Reforma de la Ley General de Subvenciones⁴⁷

Se trata de una reforma encaminada a la consecución efectiva de la transparencia en la concesión y en la competitividad real en la selección de los proyectos valorables en régimen de concurrencia competitiva. Asimismo deberá procurarse el establecimiento de límites en la financiación pública de determinadas modalidades de gasto privado, y en la eliminación de duplicidades y solapamientos en materia de subvenciones entre la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y la Administración Local.

Para ello se hace imprescindible la interconexión automática de todas las bases de datos sobre subvenciones, asegurando que las bases autonómicas y locales se conectan con la Base de Datos Nacional sobre Subvenciones, que debe, a su vez, estar directamente conectada con las bases de datos tributarias, y servir de sistema de publicidad de las subvenciones, ahorrando el trámite de remisión para su publicación en el Boletín Oficial correspondiente.

Deben asimismo simplificarse los procedimientos administrativos en materia de subvenciones y flexibilizar los trámites administrativos, y se debe integrar el procedimiento de control en las subvenciones con el del subsiguiente reintegro en caso de constatación de irregularidades, debiendo encajarse estos procedimientos con el procedimiento sancionador, en aras de una mayor simplificación y seguridad jurídica, creando un instrumento más ágil y eficaz para la lucha contra el fraude en materia de subvenciones.

3.8. Simplificación de las relaciones de la Administración con los ciudadanos y las empresas: la Administración al servicio de los ciudadanos y de las empresas

⁴⁷ La Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones tiene actualmente una revisión vigente desde el 1 de abril de 2015 hasta el 1 de enero de 2016. Existe un Proyecto de Ley General de Subvenciones del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que puede consultarse en www.minhap.gob.es.

Qué duda cabe de que la Administración General del Estado debe facilitar sus relaciones con los ciudadanos y con las empresas poniéndose a su servicio, procurando la eliminación de cargas, la simplificación de trámites y procedimientos administrativos, y el acceso a la información de todos aquellos que se relacionan con la Administración Pública⁴⁸.

A) Legislación de Garantía de la Unidad de Mercado

En esta dirección, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado pretende la simplificación de los trámites y procedimientos administrativos para el acceso y ejercicio de actividades económicas por parte ciudadanos y empresas y la libre circulación de bienes y servicios en todo el territorio nacional. Establece el principio de que existan títulos habilitantes para el ejercicio de actividades económicas y para la circulación de productos que tengan eficacia en todo el territorio nacional.

En esa misma línea de eliminación de trabas administrativas y de refuerzo de la liberalización de la actividad comercial se sitúa asimismo la Ley 19/2012, de 26 de diciembre, de Medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, que prevé la inexigibilidad de licencias en determinadas circunstancias, que pueden ser sustituidas por declaraciones responsables o comunicaciones previas, y la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

B) Codificación del Derecho

Según el Informe de la OCDE del año 2.010 sobre la gestión y racionalización de la regulación existente en España, *Better Regulation in Europe, Spain 2010*⁴⁹, la simplificación del proceso legislativo español parece complicada de lograr, lo que dificulta el acceso al ordenamiento jurídico e incide negativamente sobre la claridad y la seguridad jurídica. A ello no ayuda la inexistencia de revisiones periódicas obligatorias o la ausencia de fijación de fechas de caducidad en las normas. Y es que esta simplificación de la regulación normativa en España se ve empañada además por la complejidad del proceso legislativo español y la existencia de legislación duplicada entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

⁴⁸ Lo que supondría un ahorro para ciudadanos y empresas de 16.295 millones de euros.

⁴⁹ *Better Regulation in Europe, Spain 2010*, OCDE, París, 2010. Edición en español, Ministerio de Política Territorial y Administración Pública, diciembre, 2011.

Para procurar una codificación del Derecho efectiva y eficaz debe impulsarse en el ámbito de la Administración General del Estado la elaboración de Textos Refundidos, previa habilitación al Gobierno mediante leyes ordinarias. Debe asimismo implantarse para la normativa estatal un sistema de fecha común de entrada en vigor (*common commencement dates*) para facilitar el conocimiento de las normas y evitar la legislación dispersa (enero y junio)⁵⁰, y la evaluación ex post de las normas aprobadas.

C) *Legislación de control de la deuda comercial en el sector público*

La Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público pretende evitar la morosidad de las Administraciones Públicas que hayan incumplido el pago a proveedores en el plazo máximo de 30 días, porque un incremento en el período medio de pago a proveedores aumentaría su deuda comercial, pone en riesgo la sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas y dificulta el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública. Es por ello necesario garantizar un período medio de pago a proveedores y establecer un sistema automático de control del incumplimiento en los pagos.

D) *Manual de reducción de cargas administrativas*

En esta tarea de simplificación administrativa y de reducción de trabas burocráticas y cargas administrativas, hay que tener presentes que los *costes administrativos* serán los costes en que incurren las empresas, las asociaciones y los ciudadanos a la hora de cumplir las obligaciones legales de facilitar información sobre sus actividades a las autoridades públicas, esto es, como consecuencia del cumplimiento de un requisito normativo y también de aquellas actividades que las empresas continuarían realizando aún en el supuesto de que se derogase la normativa. Mientras que las *cargas administrativas* serían aquella parte de los costes administrativos que las empresas deben soportar como consecuencia exclusiva del cumplimiento de un requisito normativo⁵¹. Por su parte, la *Guía*

⁵⁰ Además de las recomendaciones de la *Better Regulation*, deben seguirse en esta materia las formuladas por la OCDE en su informe *Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement* (2014), y en la Comunicación de la Comisión Europea al Consejo de 25 de junio de 2008, *Small Business Act for Europe*, que entre sus recomendaciones incluyen la de fijar fechas concretas de entrada en vigor de cualquier norma que afecte a pequeñas y medianas empresas para incrementar la seguridad jurídica de la actividad empresarial.

⁵¹ Según el *International Standard Cost Model*, OCDE, (2006), *Manual Internacio-*

Metodológica del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, define a las cargas administrativas como “aquellas actividades de naturaleza administrativa que deben llevar a cabo las empresas y ciudadanos para cumplir con las obligaciones derivadas de la normativa”, incluidas las actividades voluntarias de naturaleza administrativa⁵². Y es que la información que debe facilitarse a la Administración y que incurre en cargas es aquélla que no se recabaría de no existir la obligación legal de hacerlo, por lo que el objetivo debe centrarse en reducir las cargas administrativas que son consecuencia de esa obligación de facilitar información. El *Manual de Simplificación Administrativa y Reducción de Cargas para la Administración General del Estado* se publicó en septiembre de 2014⁵³ con la finalidad de cubrir el vacío legal existente en la Administración General del Estado, como es la falta de una metodología general a aplicar por los distintos Departamentos y organismos a la hora de revisar sus actuaciones desde la óptica de la simplificación administrativa y la reducción de cargas administrativas, partiendo de que hay que posibilitar la creación de una cultura global de la simplificación, hasta ahora inexistente, para facilitar el cumplimiento de lo que ya pretendía en 1990 el documento de la Unión Europea *Aplicación de una Política de Simplificación Administrativa en los Estados Miembros de la Unión Europea*⁵⁴, esto es, mejorar la tramitación administrativa mediante la normalización y reducción de la cantidad de formularios y declaraciones empleados en materia de contabilidad, fiscalidad, asuntos sociales y estadísticas⁵⁵, así como crear o mantener dentro de los servicios de las Administraciones un organismo consultivo compuesto por representantes de las empresas, incluidas las pequeñas y medianas,

nal del Modelo de Costes Estándar de la OCDE, traducción del Ministerio de Administraciones Públicas y la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, (2006), PAPELES 6/2007, pp. 9-10. Debe tenerse asimismo presente el *Plan de Reducción de Cargas Administrativas 2008-2012*, aprobado en cumplimiento del *Programa de Acción para la Reducción de Cargas Administrativas en la Unión Europea* y el *Plan Estratégico de Mejora de la Administración y del Servicio Público. Plan Mejora 2012-2015*, de la Dirección General de Modernización Administrativa, Procedimientos e Impulso de la Administración Electrónica, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

⁵² Derivadas de una diligente gestión empresarial o de un interés especial, tales como solicitud de subvenciones, inscripción en registros voluntarios, solicitudes de claves de servicio, etc.

⁵³ *Manual de Simplificación Administrativa y Reducción de Cargas para la Administración General del Estado*, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, septiembre, 2014.

⁵⁴ *Aplicación de una Política de Simplificación Administrativa en los Estados Miembros de la Unión Europea*, Recomendación del Consejo de 28 de mayo de 1990 (DOCE n° L 141/55).

⁵⁵ Apartado 4, letra b).

y de la Administración para fomentar la simplificación de los procedimientos administrativos y de la legislación⁵⁶. En la Administración Local también se publicó en diciembre de 2010 un *Manual de Reducción de Cargas Administrativas en el Ámbito Local*⁵⁷.

E) Grandes Proyectos de Simplificación

En aras de conseguir esta simplificación de las relaciones de la Administración con los ciudadanos y las empresas, es necesario que en el ámbito de la Administración General de Estado también se aborden grandes proyectos de simplificación en diferentes sectores del Derecho Administrativo que revisten evidente confusión o comportan cargas burocráticas excesivas para los administrados.

Es el caso de los procedimientos medioambientales respecto a los que urge una simplificación y reducción de cargas en los procedimientos relacionados con la gestión del dominio público hidráulico, marítimo-terrestre, gestión de residuos, responsabilidad ambiental, autorización ambiental integrada y procedimientos de evaluación ambiental. En este caso se ha procedido ya a su simplificación con la promulgación de la nueva Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental.

También puede referirse la ventanilla única aduanera, toda vez que en la actualidad la gestión aduanera impone al operador múltiples cargas administrativas redundantes y repetitivas, y la ventanilla única electrónica en relación al comercio exterior, que acortaría tiempos y plazos de tramitación, unificaría y refundiría formularios y reduciría la documentación en papel.

*F) Impulso de la Administración Electrónica*⁵⁸

Partiendo de que la utilización de medios electrónicos abarata, sim-

⁵⁶ Número 5.

⁵⁷ *Manual de Reducción de Cargas Administrativas en el Ámbito Local*, Ministerio de Política Territorial y Administración Pública-Federación Española de Municipios y Provincias, diciembre, 2010.

⁵⁸ Vid. a este respecto *Plan de Acción Europeo sobre Administración Electrónica 2011-2015, Aprovechamiento de las TIC para promover una Administración Pública inteligente, sostenible e innovadora*, Bruselas, 15 de diciembre de 2010, Comisión Europea, COM (2010), 734 final.

plifica y facilita la relación de la Administración con los ciudadanos y con las empresas, las medidas para fomentar el impulso definitivo de la Administración electrónica deben dirigirse hacia los siguientes campos: Potenciación de la Plataforma de Intermediación de Datos, tarea fundamental a efectos de que los ciudadanos no tengan que presentar documentos que obren ya en poder de la Administración, con el consiguiente ahorro de papel y de espacio; utilización del Registro Electrónico de Apoderamientos⁵⁹; funcionamiento del Tablón Edictal Único de las Administraciones Públicas⁶⁰; impulso del sistema de subastas electrónicas, en el ámbito judicial y en el administrativo; generalización de la emisión de documentos sanitarios europeos sin necesidad de desplazamiento a las oficinas; implantación generalizada del sistema de cita previa del Servicio Público de Empleo Estatal y en las Jefaturas de Tráfico; implantación de un servicio telemático en la sede electrónica de la Seguridad Social a efectos de que los empresarios conozcan su situación de cotización; fomento de la prestación de servicios personalizados por medios telemáticos de la Agencia Tributaria e incremento de las actuaciones administrativas automatizadas, de fácil acceso, sencillas, intuitivas y seguras para los ciudadanos; unificación y simplificación de los sistemas de identificación y autenticación; potenciación del uso de los certificados de empleado público; generalización de la presentación electrónica de documentos y declaraciones; implantación del nuevo expediente judicial electrónico en los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo y la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y las Salas

⁵⁹ Registro electrónico de representación y apoderamientos, creado y regulado en el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (artículo 15), para hacer constar y gestionar las representaciones que los interesados otorguen a terceros, con el fin de que éstos puedan actuar en su nombre de forma electrónica ante la Administración General del Estado y/o sus organismos públicos vinculados o dependientes.

⁶⁰ El 1 de junio de 2015 entraron en vigor las previsiones contenidas en la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, para configurar un Tablón Edictal Único, a través del Boletín Oficial del Estado. A partir de esa fecha, los anuncios de notificación que realice cualquier Administración Pública cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar o el medio de la notificación, o bien intentada esta, no se hubiese podido practicar, deberán publicarse necesariamente en el BOE. Previamente, y con carácter facultativo, las Administraciones podrán publicar el anuncio en los boletines territoriales o en los tabloneros de anuncios existentes. Esta nueva regulación resulta de aplicación cualquiera que sea la Administración competente para realizar la notificación, la materia sobre la que verse o el tipo de procedimiento administrativo de que se trate, incluidos aquellos que cuentan con normativa específica. En todos los casos, la publicación de los anuncios de notificación en el BOE se producirá de forma gratuita.

de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social del Tribunal Supremo; tramitación electrónica de los nacimientos y defunciones desde los centros sanitarios, lo que comporta la unificación de trámites ante el Registro Civil ante los centros sanitarios, de manera que hagan de ventanilla única⁶¹; receta electrónica interoperable del Sistema Nacional de Salud, para que operen entre sí las recetas electrónicas de las Comunidades Autónomas en el ámbito del Sistema Nacional de Salud y de la Unión Europea, así como creación de una base de datos de tarjeta sanitaria del Sistema Nacional de Salud; e implantación de la Historia Clínica Digital interoperable.

G) *Apoyo a las empresas y a la inversión*

Ya se ha resaltado supra la necesidad de eliminar las trabas burocráticas para las empresas y emprendedores como parte del proceso de simplificación administrativa necesario en España y, por tanto, en la Administración General del Estado, y que se encuentra actualmente en proceso de ejecución como parte del objetivo prioritario de la política de *Better Regulation* de la OCDE y de la mejora de la calidad normativa de la Unión Europea. En esta línea debe resaltarse la necesidad de publicar todas las licitaciones, tanto del sector público estatal, como las de las Comunidades Autónomas en una Plataforma Única de Contratación del Sector Público⁶²; participación de las oficinas consulares en la obtención del NIF; simplificación administrativa de la contratación pública, para facilitar el acceso de las empresas – fundamentalmente pequeñas y medianas – a la contratación pública e incrementar la eficiencia del gasto público; simplificación de trámites administrativos para la apertura de empresas, con la consiguiente reducción de tiempos y costes en la creación de empresas; simplificación en la evaluación científico-técnica de proyectos y otras ayudas al fomento de la investigación, con la extensión del currículum vitae normalizado, formularios simplificados de evaluación y adopción de criterios y procedimientos comunes de evaluación para todas las Administraciones Públicas

⁶¹ El Congreso ya ha aprobado en junio de 2015 la reforma de la Ley del Registro Civil que permitirá la inscripción de los nacimientos directamente desde el hospital sin necesidad de que los padres tengan que desplazarse al Registro Civil, así como también las defunciones, aunque con las cautelas necesarias en caso de que fuese necesaria la intervención de la autoridad judicial.

⁶² Existe una Plataforma de Contratación del Sector Público del Estado que comenzó a funcionar en mayo de 2008 como medio de publicidad obligatorio para los órganos de contratación de la Administración General del Estado, que la Ley de Economía Sostenible extendió a todo el sector público estatal, incluyendo todos los organismos y entidades participados mayoritariamente por la Administración Central.

H) Atención al ciudadano

En el crucial ámbito de las Administraciones Públicas que supone la adecuada atención al ciudadano, las medidas deben orientarse hacia la consolidación de un portal general de entrada del ciudadano a las Administraciones Públicas, a toda su información y a la realización de trámites y servicios. Actualmente el punto de acceso general a la Administración General del Estado es el www.060.es, poco reconocible como marca de la Administración General del Estado y que carece de la finalidad última exigible a un portal de tal naturaleza; extensión del servicio telefónico 060 a todas las Administraciones Públicas, centralizando los números de atención al ciudadano (901 y 902), contando con que la Administración General del Estado cuenta con una Plataforma de Telefonía Inteligente en la nube que da servicio de manera continuada⁶³ que debe igualmente extenderse a todas las Administraciones Públicas; desarrollo de la Oficina Electrónica de Información a los ciudadanos y gestión de prestaciones de la Seguridad Social, sustituyéndolo por el actual modelo de atención presencial; visibilidad de las ofertas de trabajo, que deben de figurar en un portal único de ofertas de empleo; informatización de la oficina electrónica de información y asistencia a las víctimas del terrorismo, permitiéndoles un acceso privado al estado de sus procedimientos; perfeccionamiento del BOE a la carta, en el que el sistema de alertas personalizadas deberá completarse con el otorgamiento de códigos electrónicos gratuitos a los ciudadanos que contengan toda la normativa en vigor para las materias que se soliciten.

IV. LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN EN OTROS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO. MENCIÓN ESPECIAL A REINO UNIDO, CANADÁ Y FRANCIA

A pesar de que no existe un modelo único de Administración Pública en los distintos países, y de que, por tanto, las reformas acontecidas en ellos tampoco responden a un patrón determinado, sí es común denominador en las reformas de las Administraciones de otros países de nuestro entorno la necesidad urgente de contener el gasto y de reequilibrar las cuentas públicas, eliminando políticas y proyectos inasumibles e incrementando su eficiencia, racionalizándola, suprimiendo órganos y estructuras, eliminando duplicidades, mejorando la gestión de medios y servicios, etc., en fin, utilizando algunos o todos de los mecanismos analizados supra.

⁶³ (24 x 7 x 365).

A continuación se va a abordar brevemente la reforma de las Administraciones Públicas, fundamentalmente en sus niveles estatal, regional y local, en algunos países avanzados de nuestro entorno, tales como Reino Unido, Canadá y Francia, obviando los modelos de reforma de las Administraciones Públicas en otros países como Portugal, toda vez que van a ser estudiados en otros capítulos del presente libro.

4.1. La reforma de la Administración Pública en Reino Unido: la labor del *Cabinet Office*

En plena crisis económica, en mayo de 2010, el entrante Gobierno de David Cameron decidió emprender un ambicioso programa de reformas para atajar el elevado déficit presupuestario del Reino Unido, y en esa línea se aprobó en julio siguiente un plan de reforma estructural para eliminar duplicidades administrativas, extender la estandarización, simplificar y lograr una mayor transparencia en la gestión pública. Para ello se creó una oficina al más alto nivel – el Grupo de Reforma y Eficiencia – dependiente del *Cabinet Office*⁶⁴.

Junto a ello, con el objetivo principal de reducir organismos y minimizar sus costes, en 2011 se llevó a cabo un análisis de los 904 organismos públicos existentes, determinándose la extinción de 204, la fusión de 177 en 73, la transformación de 120 y el mantenimiento de 397 de estos organismos públicos, con el compromiso trienal de revisar si su estructura sigue siendo óptima para la consecución de sus objetivos y si siguen cumpliendo los principios de buen gobierno.

Por otro lado, se ha procedido a la implantación de un sistema de *mutuals* en determinados servicios públicos, mediante el que los trabajadores pueden adquirir participaciones en empresas compartidas con el sector privado – o del sector público – a las que se ceden los recursos necesarios para la prestación del servicio. Se está llevando a cabo una revisión del modelo de recursos humanos en lo que se refiere a contratación, formación, gestión, etc., habiéndose creado una oficina central de coordinación a este respecto entre los distintos organismos públicos.

⁶⁴ Comparable al Ministerio de la Presidencia en España.

En diciembre de 2012 se presentó un *Plan Estratégico de Servicios Compartidos de Nueva Generación* para lograr una mayor eficiencia creando cinco nuevos centros de servicios compartidos de carácter horizontal para distintos ministerios, en materia, entre otras, de financiación, nóminas, recursos humanos y licitación pública.

El *Cabinet Office* pretende tener completamente implantado todo su paquete de reformas en este año 2015⁶⁵.

4.2. La reforma de la Administración Pública en Canadá: el *Program Review*

Detonante igualmente de la reforma de su Administración en Canadá fue una situación de grave deterioro de sus cuentas públicas, lo que llevó a que ya en 1993 el Gobierno liberal decidiese afrontar una reforma de gran calado en la misma. Y es que este país llevaba ya 20 años con un preocupante déficit público federal⁶⁶, alcanzando su deuda pública el 67% del PIB. La necesidad de reformas en la Administración central se acompañó de simultáneas reformas en la Administración regional, basadas en la coordinación y cooperación, así como en la evitación de duplicidades e ineficiencias.

Fue vital que la reforma federal se centrara en el ambicioso proyecto del *Program Review*, que provocó numerosos cambios en el tamaño y funcionamiento del sector público, en donde lo importante no era qué cortar, sino qué preservar, centrándose en lo prioritario, y, que, junto a ello, las provincias también abordasen procesos similares, reforma asimismo crucial dado el alto grado de descentralización política del país⁶⁷ y por ser los gobiernos regionales los que prestaban la mayoría de los servicios a los ciudadanos (educación, sanidad, policía, transporte, asistencia social, recursos naturales, etc.).

El *Program Review* comportó un cambio en la forma de prestación de los servicios públicos. Se revisaron las funciones ejercidas por las distintas Administraciones para evitar solapamientos y duplicidades, garantizando una prestación de servicios equitativa e igualitaria en todo el territorio nacional, creándose fórmulas de colaboración entre las diferentes Administra-

⁶⁵ Generando un ahorro para las arcas públicas de 14.651 millones de libras (20.700 millones de euros).

⁶⁶ Por encima del 4%.

⁶⁷ Canadá es, junto con España, uno de los países con mayor descentralización política y administrativa del mundo.

ciones territoriales – gobierno federal, provincial y gobiernos locales.

El *Program Review* supuso una reforma en profundidad del sector público canadiense entre los años 1994 y 1998, permitiendo al Gobierno eliminar su déficit en tres años, para presentar en 1998, por primera vez en 28 años, unas cuentas públicas con superávit, que se mantuvo hasta 2008. Desde la culminación de tales reformas se han ido sucediendo revisiones y reformas parciales, pero siempre dando continuidad al modelo introducido en 1994.

4.3. La reforma de la Administración Pública en Francia

La modernización y racionalización de la Administración Pública francesa fue anunciada por el recién elegido Gobierno francés de Sarkozy el 20 de junio de 2007, fundamentada en el que el peso de la Administración del Estado en ese país es uno de los más importantes en la Unión Europea, superando su gasto público el 56,6% del PIB en 2012, el mayor de la zona euro, alcanzando, por tanto, la deuda pública de Francia al 90,2% del PIB en 2012⁶⁸.

La reforma propuesta en Francia ha pretendido atajar problemas estructurales en profundidad y desde su raíz, partiendo del objetivo de “hacer más con menos” para conseguir mayor eficiencia, simplificación y mejora de la calidad de los procedimientos, no sólo en la Administración central, sino también en la territorial, la modernización de la función pública y la reorganización y reestructuración generalizada de la organización administrativa.

Se trata de reformas estructurales en la Administración estatal que han sido progresivamente implantadas desde 2007, necesitadas de consolidación y mantenimiento en el tiempo a efectos de poder evaluar el éxito de sus resultados⁶⁹.

Aparte de lo referente a la Administración del Estado, en la Administración Local la reforma incide fundamentalmente en racionalizar las competencias de los Entes Locales y en la asignación de determinadas competencias a entes territoriales de ámbito superior, al tiempo que se reducen las estructuras administrativas y el número de altos cargos.

⁶⁸ El ahorro previsto por el Gobierno francés se cifró en 15.000 millones de euros.

⁶⁹ De las 500 medidas adoptadas, en 2012 el 63% de ellas estaban aún en fase de desarrollo.

BIBLIOGRAFÍA

- Aplicación de una Política de Simplificación Administrativa en los Estados Miembros de la Unión Europea*, Recomendación del Consejo de 28 de mayo de 1990 (DOCE nº L 141/55).
- Better Regulation in Europe, Spain 2010*, OCDE, París, 2010. Edición en español, Ministerio de Política Territorial y Administración Pública, diciembre, 2011.
- CABAL CIFUENTES, A. L., “La evaluación del desempeño en las Administraciones Públicas”, Seminario Internacional Luso-Español *Instrumentos para mejorar la eficiencia del Sector Público*, 29 y 30 de abril de 2015, Coimbra, Portugal.
- CABAL CIFUENTES, A. L., (2011), “La carrera profesional y la evaluación del desempeño”, *Clarificación Estratégica*, Oviedo, Gobierno del Principado de Asturias.
- CASTILLO BLANCO, F. A. (2012), “Requisitos para la aplicación de medidas de ajuste en el sector público local: La necesaria aprobación de un plan de empleo para proceder a despidos colectivos”, *Seminari d’actualització de Funció Pública Local, Federació de Municipis de Catalunya*, pp. 1-22.
- (2012), “El Estatuto Básico del Empleado Público: Las competencias autonómicas”, *Revista Catalana de Dret Public*, 45, pp. 21-46.
- CÓRDOBA, M., DELGADO, D., DÍVAR, R., ROMÁN, J. M., (2013), *Propuestas para la reforma de la Administración General del Estado*, Madrid, Fundación Ciudadanía y Valores.
- INFORME CORA, *Reforma de las Administraciones Públicas*, (2013), Gobierno de España.
- INFORME PwC, (2012), *¿En qué hay que transformar la Administración Pública española? Cómo afrontar el reto del cambio del sector público*, PricewaterhouseCoopers.
- International Standard Cost Model*, OCDE, (2006), *Manual Internacional del Modelo de Costes Estándar de la OCDE*, traducción del Ministerio de Administraciones Públicas y la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, (2006), PAPELES 6/2007.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. y CASTILLO BLANCO, F. A., (2009), *Informe sobre el Empleo Público Local. Balance y propuestas para su racionalización en el marco del empleo público*, Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Manual de Reducción de Cargas Administrativas en el Ámbito Local*, Ministerio de Política Territorial y Administración Pública-Federación Española de Municipios y Provincias, diciembre, 2010.

- Manual de Simplificación Administrativa y Reducción de Cargas para la Administración General del Estado*, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, septiembre, 2014.
- Plan de Acción Europeo sobre Administración Electrónica 2011-2015, Aprovechamiento de las TIC para promover una Administración Pública inteligente, sostenible e innovadora*, Bruselas, 15 de diciembre de 2010, Comisión Europea, COM (2010), 734 final.
- Plan Estratégico de Mejora de la Administración y del Servicio Público. Plan Mejora 2012-2015*, de la Dirección General de Modernización Administrativa, Procedimientos e Impulso de la Administración Electrónica, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.
- Plan de Reducción de Cargas Administrativas 2008-2012*, aprobado en cumplimiento del Programa de Acción para la Reducción de Cargas Administrativas en la Unión Europea.
- PIZARRO NEVADO, R., (2004), “La reforma de la Administración General del Estado en España”, *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 6, núm. 2, pp. 63-89.
- QUESADA LUMBRERAS, J. E., (2015), *La carrera profesional en el sistema de empleo público español: Modelos, análisis y propuestas*, Navarra, Aranzadi.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2012), “La Administración tras la crisis: el empleo público”, *SUMAS 2012*, Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, pp. 1-12.
- SEVILLA SEGURA, J., (2010), *La reforma de la Administración General del Estado*, Madrid, LID.
- Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement* (2014), OCDE.
- Small Business Act for Europe*, Comunicación de la Comisión Europea al Consejo de 25 de junio de 2008.
- TOCQUEVILLE, A. de, (2004), *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Madrid, Alianza Editorial.
- VALERO IGLESIAS, J., (2010), “Elementos para una reflexión sobre la Administración General del Estado”, *Revista Documentación Administrativa*, 286-287, pp. 25-58.

(Página deixada propositadamente em branco)

II

REFORMA DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

(Página deixada propositadamente em branco)

4.

ALGUMAS ALTERAÇÕES RECENTES AO CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PORTUGUÊS

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE
Professor Catedrático de Direito Público
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Investigador do Instituto Jurídico

Em Janeiro de 2015 foi revisto o Código do Procedimento Administrativo português (que datava de 1991 e tinha sido alterado em 1996): uma revisão de carácter global, que não incidiu apenas sobre o regime jurídico do procedimento, mas também sobre as normas de direito substantivo tradicionalmente aí incluídas – concretamente, sobre as normas que estabelecem os regimes do regulamento e do acto administrativo, dado que o regime do contrato administrativo tinha sido recentemente (2008) objecto de um Código próprio, o Código dos Contratos Públicos.

Vamos referir-nos exclusivamente à matéria do procedimento, e limitar-nos-emos a indicar as alterações mais significativas que foram introduzidas, fundamentalmente destinadas a uma adaptação do Código (CPA) aos tempos actuais.

Na realidade, essas alterações procedimentais não visaram senão, por um lado, assegurar uma maior eficácia, eficiência e economicidade da actividade administrativa, orientada para os resultados na realização do interesse público; e, por outro lado, promover o reforço dos direitos de informação e de participação dos interessados, e, em especial, incrementar formas de concertação entre a Administração e os particulares.

Nada de revolucionário ou mesmo novo, pois que se limita, na linha dos propósitos do diploma original, a dar cumprimento ao deter-

minado no artigo 267.º da Constituição, que, no n.º 5, dispõe que “[o] processamento da actividade administrativa será objecto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito”.

1. Em primeiro lugar, ressalta a consagração, no artigo 5.º, do *princípio da boa administração* como princípio geral da actividade administrativa.

Determina-se nesse preceito que a Administração Pública, na sua actuação, “deve pautar-se por critérios de *eficiência, economicidade e celeridade*”. E acrescenta-se que, para esse efeito, a Administração Pública deve ser organizada de modo a “aproximar os serviços das populações” e de “forma não burocratizada” – fórmulas estas directamente inspiradas no texto das normas constitucionais relativas à Administração Pública (designadamente, no n.º 1 do referido artigo 267.º).

No CPA enfatiza-se, pois, a ideia de boa administração, quer no plano organizacional, como imperativo fundamentalmente dirigido ao legislador, quer no plano do procedimento decisório, como padrão do modo de desenvolvimento da actividade administrativa, visto do ponto de vista objectivo da realização do interesse público.

Esta formulação do princípio da boa administração, enquanto imperativo para optimização da eficiência, é especialmente significativa, na medida em que o princípio com o mesmo nome consagrado na Carta Europeia dos Direitos Fundamentais enuncia uma perspectiva algo diversa, tendo como conteúdo principal a garantia dos direitos de participação e de informação dos particulares.

A diferença de perspectiva talvez ache explicação na circunstância de os direitos de informação e de participação dos interessados já terem encontrado, na ordem interna, constitucional e administrativa, uma consagração sólida – os direitos de informação procedimental (informações, consulta e certidões) são robustos, e assegurados por um processo judicial urgente e eficaz, e a audiência prévia dos interessados no fim da instrução, que constituiu a grande novidade introduzida pelo CPA em 1991, tem, desde então, reflexos profundos na prática administrativa.

2. Em grande medida como corolário do princípio da boa administração, afirma-se, depois, no artigo 56.º, o princípio (ou subprincípio) da *adequação procedimental*, através do qual se concede ao responsável pela

direcção do procedimento, na ausência de normas injuntivas, uma *discricionabilidade na estruturação do próprio procedimento*.

Esse poder discricionário há-de naturalmente respeitar os princípios gerais da actividade administrativa e está sujeito a directrizes legais: deve ser orientado pelos interesses públicos da eficiência, economicidade, celeridade na preparação da decisão, aos quais o preceito acrescenta o interesse público da *participação* dos interessados.

À semelhança do que se determina nos próprios processos judiciais, e por maioria de razão, torna-se conveniente, num quadro juridicamente fundamentado, permitir alguma flexibilidade e capacidade de adaptação da tramitação dos procedimentos administrativos – adaptação que, como veremos, pode ser até concertada com os interessados, mediante “acordos endoprocedimentais”, designadamente quando haja particulares com interesses contrapostos.

3. No programa normativo de procura da eficiência, que visa uma administração com melhores resultados, acentua-se uma outra dimensão, que exprime uma das modificações mais marcantes da actividade administrativa na actualidade: a preferência pela *utilização de meios electrónicos* para assegurar maior rapidez e segurança, simplificando os procedimentos e tornando-os mais abertos e acessíveis.

Esta preferência inscreve-se na evolução para o que já se designa como “novo direito administrativo”, operando a *desmaterialização* ou *digitalização* dos procedimentos, da informação e da comunicação, nas relações com os particulares e no relacionamento interadministrativo, de forma a permitir a articulação, que no futuro tenderá a alargar-se, com as administrações europeias e internacionais (*electronic government*).

Em Portugal, o Código dos Contratos Públicos adoptou a desmaterialização dos procedimentos de contratação pública, consagrando a utilização de meios electrónicos na formação dos contratos, e, na sequência dessa opção, foram publicados diplomas que estabelecem princípios e regras gerais sobre comunicações e informações e sobre o uso de plataformas electrónicas nesse domínio.

Mas, como a doutrina tem sublinhado, falta uma regulação geral do acesso electrónico dos cidadãos aos serviços públicos. Na ausência de uma legislação específica mais desenvolvida, como a que foi adoptada em Espanha em 2007, o CPA vem estabelecer as bases da utilização de meios electrónicos no quadro do procedimento – que devem ser articuladas com a

legislação existente, designadamente sobre o acesso a documentos administrativos e a protecção de dados pessoais informatizados.

Concretamente, nos termos do artigo 61.º, pretende-se facilitar o exercício de direitos e o cumprimento de deveres, simplificar o acesso dos interessados ao procedimento e à informação e reduzir a duração dos procedimentos, embora com as devidas garantias legais.

Para conseguir tais objectivos, formulam-se princípios gerais aplicáveis à administração electrónica (artigo 14.º) e procede-se a alguma regulação do uso de meios electrónicos na instrução dos procedimentos e, em especial, do balcão único electrónico (artigos 61.º a 63.º).

Destacam-se, entre os princípios, a garantia da disponibilidade, do acesso, da integridade, da autenticidade, da confidencialidade, da conservação e da segurança da informação, bem como a garantia da igualdade de tratamento dos cidadãos que se relacionem com a Administração por meios não electrónicos, embora se admitam medidas de diferenciação positiva que favoreçam o uso dos meios electrónicos – esta última uma garantia da maior importância nesta fase de transição em que muitas pessoas não têm acesso ou não dominam as novas tecnologias de comunicação.

Assim, por exemplo, no âmbito do procedimento, as comunicações da Administração com os interessados por meios electrónicos (também por telefax ou telefone), quando se trate de pessoas singulares, depende do prévio consentimento escrito destas (na sua primeira intervenção no procedimento) – já com as pessoas colectivas valem presunções de consentimento, associadas à utilização normal por estas de plataformas ou endereços electrónicos (artigo 63.º).

No que respeita ao balcão único, determinam-se os meios, informações e serviços que deve proporcionar aos interessados e regulam-se aspectos gerais do respectivo funcionamento, sem prejuízo do disposto em leis especiais (artigo 62.º).

4. Uma novidade normativa, inspirada na lei alemã, tem a ver com a promoção da colaboração entre as entidades públicas no contexto do procedimento.

Institui-se, no artigo 66.º, a figura do “auxílio administrativo”, nos termos da qual o órgão competente para a decisão final do procedimento – *para além dos casos em que a lei o imponha* – pode, por sua iniciativa ou a requerimento do responsável pela direcção do procedimento ou de interessados, solicitar, indicando um prazo útil, o auxílio de outros órgãos, que detenham competências

exclusivas ou conhecimentos aprofundados, possuam documentos ou dados específicos, disponham de pessoal ou meios técnicos especializados – sempre que os materiais ou a colaboração sejam necessários para a preparação da decisão.

Para dar efectividade à obrigação, prevê-se, em caso de dilação ou recusa na prestação do auxílio (que até pode ser justificada, por exemplo, quanto ao fornecimento de dados, por limitações decorrentes da legislação sobre acesso aos documentos administrativos), a intervenção do órgão administrativo competente para a resolução de conflitos ou do órgão superior ao órgão solicitado, quando os haja – sem excluir a possibilidade de acção judicial para o efeito.

Pretende-se, obviamente, promover, no quadro do procedimento, a cooperação e a coordenação entre os órgãos administrativos e outras entidades públicas, hoje tão fragmentadas e em grande medida descoordenadas, seja para benefício substancial do interesse público, permitindo decisões mais bem informadas e mais competentes, seja para maior celeridade na decisão, que interessa também a todos.

Naturalmente que esta figura do auxílio administrativo, embora se refira primacialmente à colaboração entre órgãos e serviços nacionais, será aplicável ainda à colaboração com órgãos e entidades administrativas no plano transnacional, designadamente com autoridades europeias e de outros Estados-membros, no quadro da cooperação leal com a União Europeia – a isso obriga o princípio de direito europeu, agora expressamente formulado no artigo 19.º do CPA.

5. A alteração mais significativa consta, porém, dos artigos 77.º e seguintes e consiste na previsão, como figura geral, das “conferências procedimentais”, para permitir o exercício de competências, em comum ou conjugado, por vários órgãos.

A figura, que já existia em alguns procedimentos especiais, é inspirada nas “conferências de serviços” do direito italiano, mas, como mostra a designação, tem, na lei portuguesa, um alcance diferente, não configurando uma mera conferência instrutória, de preparação das decisões.

As conferências podem ter lugar em procedimentos complexos, que se desenrolam em várias fases, ou em procedimentos conexos entre si, por terem uma finalidade prática comum ou interdependente.

Podem ser conferências *deliberativas* – que dão lugar à prática, pelos vários órgãos titulares de competências decisórias, de um único acto administrativo de conteúdo complexo, que consome as várias decisões.

Ou então conferências *de coordenação* – em que são praticados simultaneamente, por cada um dos órgãos competentes, actos administrativos autónomos.

As conferências também podem existir no contexto de um procedimento único – em que intervêm dois ou mais órgãos, um deles, o órgão decisor, e os outros, órgãos com competência para uma decisão intercalar ou órgãos consultivos – nesta última hipótese, o parecer do órgão pode ser emitido em forma oral e posteriormente reduzido a escrito (artigo 79.º, n.º 7).

O Código prevê a *instituição* formal das conferências procedimentais, que pode ser feita por lei, regulamento ou contrato interadministrativo, embora as conferências de coordenação possam resultar de simples acordo entre os órgãos envolvidos.

O acto instituidor deve conter uma regulação mínima necessária, especialmente exigente no que respeita às conferências deliberativas, em que é indispensável a previsão normativa do exercício conjunto das competências mediante um único acto (artigo 78.º) – o Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro, que aprova o CPA determina, ele próprio, a aplicabilidade imediata dos preceitos relativos à conferência procedimental à autorização prévia para instalação de estabelecimentos industriais, no quadro legal do Sistema de Indústria Responsável (SIR).

Sem prejuízo das normas especiais que constem de cada um dos instrumentos instituidores, o Código procede ainda a uma *regulação genérica* da conferência procedimental, designadamente sobre:

a) a convocação e o dever de participação, estabelecendo a presunção de que a ausência do órgão convocado significa concordância com o deferimento, prevendo a participação eventual dos interessados e a possibilidade de realização de teleconferências – artigo 79.º.

b) a realização de audiência prévia dos interessados ou de consulta pública – artigo 80.º.

c) os prazos para a conclusão da conferência, a possibilidade de repetição e, sobretudo, a solução para a situação em que haja posição desfavorável de um dos órgãos competentes na conferência deliberativa – que implica o indeferimento global, embora sem prejuízo da prática autónoma de algum dos actos pelo órgão competente (artigo 81.º).

Por esta via, visa-se conseguir celeridade e coerência na decisão de muitos procedimentos, que envolvem a intervenção de vários órgãos e o exercício de diversas competências, evitando, por um lado, ao interessado

o calvário de relacionamento sucessivo ou reiterado com vários serviços, e propiciando, por outro lado, o encontro de soluções razoáveis de harmonização entre os diversos interesses públicos e privados, muitas vezes parcialmente conflitantes nas circunstâncias específicas dos casos concretos.

6. Alteração mais subtil, mas com significado substancial e simbólico é a que resulta de o Código não conceber o procedimento como uma mera manifestação unilateral da actividade administrativa.

Diferentemente, utiliza a construção da “relação jurídica procedimental”, em que os órgãos da Administração e os particulares, legitimados em diversas qualidades para intervir no procedimento, são considerados *sujeitos* dessa relação jurídica, surgindo como titulares de poderes, direitos e deveres (situações ou posições jurídicas subjectivas, activas e passivas), num quadro bilateral ou poligonal, incluindo as pessoas singulares e colectivas que defendem interesses difusos – artigos 65.º, 67.º e 68.º.

Esta construção – que acentua a democraticidade do procedimento, sem pôr em causa a autoridade da Administração – poderá ser importante na interpretação e aplicação das normas de procedimento, sejam as constantes do Código, sejam as que regem os variadíssimos procedimentos singulares pelos quais se desenvolve a actuação dos órgãos administrativos.

7. Na primeira versão do CPA, o objecto de regulação era fundamentalmente o procedimento de elaboração do acto administrativo, figura tradicionalmente concebida como a forma típica da actividade administrativa de direito público.

Nessa versão havia já a referência ao procedimento de feitura dos regulamentos, mas remetia-se a respectiva disciplina para uma lei especial avulsa, que nunca chegou a ser publicada.

Agora, para além das regras comuns a todos os procedimentos administrativos, determina-se, nos artigos 97.º a 101.º, uma disciplina específica do procedimento regulamentar administrativo (externo) e outra do procedimento de feitura do acto administrativo.

O regime específico do procedimento regulamentar, que não alcança a ambição normativa da legislação projectada em Espanha nesta matéria, visa fundamentalmente assegurar uma maior participação dos interessados e das suas associações, em vários momentos e ocasiões do procedimento, estabelecendo:

a) a previsão de petições dos interessados aos órgãos competentes para elaboração, modificação ou revogação de regulamento;

b) a publicitação na *internet*, no site institucional da entidade pública, do início do procedimento e das formas de participação admissíveis;

c) a audiência dos interessados, quando o regulamento tenha efeitos directos e imediatos sobre direitos ou interesses legalmente protegidos, salvo urgência ou inconveniência devidamente fundamentadas (em paralelo com a audiência prévia para a emissão dos actos administrativos);

d) a consulta pública, quando o número de interessados directos seja elevado ou quando a natureza da matéria o justifique.

Além disso, numa perspectiva de interesse público, impõe-se a necessidade de uma fundamentação normativa dos projectos de regulamento, incluindo uma ponderação de custos e benefícios das medidas projectadas – naturalmente, com graus de exigência diversos em função da matéria, do tipo e do conteúdo regulamentar, nem sempre implicando um verdadeiro estudo económico-financeiro.

Sinal da atenção prestada ao regulamento é ainda a previsão da impugnação administrativa de regulamentos, prevendo-se expressamente a reclamação e o recurso como procedimentos de segundo grau, destinados a solicitar a modificação, suspensão, revogação ou declaração de ilegalidade de regulamentos, bem como a reagir contra a omissão ilegal da respectiva emissão – impugnações às quais se aplicam, com as necessárias adaptações, as regras procedimentais estabelecidas para as impugnações administrativas de actos (artigo 147.º).

8. Por fim, merece realce a forma empenhada como o CPA promove a concertação e a contratualização da actividade administrativa.

Por um lado, admitem-se “acordos endoprocedimentais” (artigo 57.º) – isto é, acordos vinculativos entre o órgão administrativo competente e os interessados, seja sobre os termos que deve seguir o procedimento (incluindo, por exemplo, a possibilidade de audiências orais para contraditório entre os particulares com interesses opostos), seja sobre o próprio conteúdo do acto administrativo a praticar. Claro que, seja quanto ao procedimento, seja quanto ao conteúdo do acto, os acordos só são admissíveis na medida em que o órgão administrativo goze de um espaço de discricionariedade legalmente concedido, devendo respeitar-se as normas legais imperativas.

Por outro lado, admite-se, em geral, salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer, que o procedimento possa terminar com um contrato, que substitua o acto administrativo (artigos 127.º e 77.º, n.º 4) – na linha da concepção do contrato como figura de utilização geral, já indiciada na versão original do CPA e entretanto afirmada expressamente no Código dos Contratos Públicos.

Assume-se, deste modo, tal como acontece em outros países, como a Espanha e a Itália, uma visão “avançada”, das relações jurídicas administrativas, no sentido de que, mesmo num sistema de administração executiva, boa parte da administração pode ser exercida em termos tendencialmente paritários, não implicando necessariamente a prática de um acto administrativo unilateral – assim se concretizando a ideia de que “a existência de uma tarefa administrativa não implica que a Administração tenha de actuar através de meios imperativos unilaterais”.

(Página deixada propositadamente em branco)

UN PRIMER ACERCAMIENTO A LAS PRINCIPALES REFORMAS EN MATERIA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO

FÁTIMA E. RAMALLO LÓPEZ
Professora de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

Sumario: *I. Introducción. II. Principales Novedades en Materia de Procedimiento Administrativo. 2.1. La Apuesta por un Procedimiento Totalmente Electrónico. 2.2. Una Ley General del Procedimiento. Hacia la Simplificación de Trámites. 2.3. Un Nuevo Procedimiento de Aprobación de Normas. III. La Reforma del Régimen Jurídico del Sector Público.*

I. INTRODUCCIÓN

Me corresponde realizar un primer acercamiento a las reformas operadas en los últimos meses en España en materia de procedimiento administrativo y del régimen jurídico del sector público. Dos de los ejes esenciales en la regulación de las relaciones de la Administración con los ciudadanos, ya que si bien, el primero supone la regulación del procedimiento para regular las relaciones *ad extra*, esto es la que regula el procedimiento por el cual el ciudadano se comunica con las Administraciones Públicas, el segundo, va dirigido a articular las relaciones *ad intra* al ponerse especial hincapié en dichas reformas tanto a regular la organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas como a modernizar el procedimiento de elaboración de normas, otras de las piezas esenciales del ámbito funcional de nuestras administraciones públicas.

Ambas reformas, en proceso de tramitación actualmente en el Congreso de Diputados, se operan a través de dos Proyectos de Ley que, de aprobarse antes de finales de la presente legislatura, en nuestra opinión, por más que aún encontremos algunas carencias en el contenido dispositivo de dicha regulación, constituirá un gran avance en la materia por las importantes novedades que arroja y a las que a continuación me referiré.

Pero antes de destacar las principales novedades en la materia, interesa subrayar una de las carencias que consideramos esenciales en dicha reforma. Y es que si bien, el objetivo general de dichas reformas no es otro que la consecución de unas Administraciones Públicas más eficientes, transparentes y ágiles en su relación con los ciudadanos, en las reformas operadas hasta la fecha tan solo se ha tratado la regulación de los instrumentos jurídicos de carácter preventivo articulados por nuestro ordenamiento jurídico para proteger la esfera jurídica de derechos de los ciudadanos frente a la actuación de las Administraciones Públicas, como es el propio procedimiento administrativo, que es la expresión clara de que la Administración Pública actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, tal y como reza el artículo 103 de la Constitución.

Sin embargo se ha perdido la ocasión de abordar los llamados instrumentos de carácter reactivo, esto es, el sistema de recursos administrativos o el control realizado por los jueces y tribunales; ya que si bien han sufrido puntuales modificaciones, como es la supresión de la necesidad de reclamación administrativa previa a la vía judicial civil y laboral, lo cierto es que era una preciosa oportunidad para poder abordar una reforma integral en la materia, con mayor nivel técnico de garantías, incorporándose conquistas jurisprudenciales o reivindicaciones ya clásicas de la doctrina administrativista como es la necesidad de revisar la motivación, el silencio, la invalidez de actuaciones administrativas, la revisión de oficio, recursos de alzada y reposición, nada cambia en lo que constituye la espina dorsal del procedimiento administrativo¹.

Ambos Proyectos de Ley, tanto el del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPAC) y de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), tienen su origen en muchas de las sugerencias y medidas propuestas en un informe que está siendo esencial en todas las propuestas legislativas en la materia, que no es otro que el denominado

¹ En esta materia, se recomienda la lectura del trabajo de F. A. CASTILLO BLANCO (2013) "El control de la actuación administrativa a través del sistema de recursos", en *La gestión del Gasto Público: control y responsabilidades*, Editorial Thompson Reuter-Aranzadi, págs. 391-429.

Informe CORA, elaborado por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas creada por Acuerdo de Consejo de Ministros del 26 de octubre de 2012 con el objetivo de realizar un estudio integral en la temática que permita concretar un conjunto de propuestas en línea con los ejes de acción marcados en el Plan Nacional de Reformas 2012².

También se puede destacar que ambos proyectos proceden a operar una sistematización derogando numerosas leyes que hasta la fecha regulaban de forma dispersa todos los aspectos ahí regulados, y que hasta la fecha se consideraban parte de la columna vertebral de nuestras administraciones. Como son la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno; y la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos.

El objetivo principal de las reformas operadas se puede resumir en cuatro grandes aspectos considerados esenciales para la necesaria consecución de la eficiencia y modernización del funcionamiento de nuestras Administraciones públicas, tales como: la mejora de la eficiencia, por ello se pone el acento en la regulación del procedimiento electrónico; un segundo objetivo es la búsqueda de una mayor transparencia en el funcionamiento de la Administración, para ello se prevén nuevos instrumentos, fundamentalmente centrados en la creación mayor número de registros administrativos; en tercer lugar, también es pretensión de la Ley la de racionalizar la estructura de la organización administrativa. Es cierto que estas reformas no nacen con un objetivo concreto de contribuir a la reducción del déficit de nuestras Administraciones Públicas, pero dado que si que nacen en la coyuntura económica que padece en estos momentos España, pues se puede decir que indirectamente también contribuye a dicho fin. Y finalmente, la búsqueda de la mejora de la calidad del ordenamiento jurídico centrándose para ello, en un Título concreto de la LPAC en el procedimiento de elaboración de normas.

A continuación, trataremos de aludir a las principales novedades operadas en ambas reformas.

² Sobre el contenido del citado informe es de interés la consulta al trabajo de J. E. QUESADA LUMBRERAS (2014), “La reforma de las Administraciones Públicas: balance y propuestas”, en *La reforma del Sector Público* (Director F. A. CASTILLO BLANCO), Sevilla. Instituto García Oviedo. págs. 41-66.

II. PRINCIPALES NOVEDADES EN MATERIA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

2.1. La apuesta por un procedimiento totalmente electrónico

Centrándonos, en primer lugar, en la reforma operada en la LPAC, se puede decir que dicho Proyecto de Ley tiene como principal novedad la integración del uso de los medios electrónicos de forma exclusiva, íntegra y en todas las administraciones, de hecho la anterior norma donde se regula el procedimiento electrónico (la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos) tiende a desaparecer al integrarse la mayoría de sus preceptos en la presente norma considerada como la nueva Ley General del Procedimiento.

Esta apuesta por la tramitación electrónica no sólo afecta a la manera de gestionar de cada Administración Pública en particular, sino que también obliga a la forma en que éstas se comunican con otras Administraciones públicas, facilitando así una mayor intercomunicación entre todas las administraciones lo que favorecerá un mejor funcionamiento en las relaciones de colaboración. Este objetivo también se perseguirá la LRJSP, por tanto, en este aspecto particular, nos referiremos mas adelante al abordar el contenido de dicha reforma. Centrándonos exclusivamente en las medidas de fomento e impulso de la tramitación del procedimiento por medios exclusivamente electrónicos, principal caballo de batalla de la norma analizada. A continuación veremos algunas de las novedades más relevantes en la materia.

Como primera medida de impulso a la tramitación del procedimiento por medios electrónicos, la LPAC no sólo se recoge el derecho del ciudadano a relacionarse con las Administraciones Públicas mediante la utilización de medios electrónicos, un derecho que ya existía en la anterior normativa, sino que da un paso más en este punto, estableciendo a determinados colectivos la obligatoriedad de relacionarse con las Administraciones Públicas de forma electrónica. Estos colectivos son personas jurídicas, entidades sin personalidad jurídica, empleados públicos en aquellas relaciones con la administración que mantengan por su condición de empleado público, profesionales obligados a la colegiación o sus representantes.... Además se establece que reglamentariamente se puede ampliar este conjunto de colectivos siempre que reúnan las características económicas y técnicas suficientes para que puedan atender a esa obligación. Una habilitación que en mi opinión, produce cierto escalofrío al no concretar suficientemente la Ley el título habilitante para establecer dicha obligación.

Es preciso advertir en este punto que, esta regulación, no nace *ex novo* en esta norma sino que recoge la experiencia en cuanto a colectivos obligados *por mor* de la regulación operada recientemente en otros ámbitos, en particular en el ámbito tributario donde se ha ampliado sistemáticamente el número de colectivos obligados a relacionarse con la Administración Tributaria o y también la Ley 25/2013 de impulso a la factura electrónica, de 27 de diciembre, donde se estableció la obligación de facturación electrónica en el marco de relaciones jurídicas con la administración precisamente a estos mismos colectivos.

En lo que se refiere en el ámbito de actuación donde la tramitación del procedimiento electrónico es un derecho del interesado, en una clara apuesta por la generalización del uso de medios electrónicos, el Proyecto de Ley regula varias medidas; en primer lugar, la asistencia personal para el uso de medios electrónicos a través de las actuales oficinas de registros de nuestras Administraciones Públicas, de forma que los funcionarios de dichas oficinas, específicamente habilitados para estas funciones de asistencia, deberán atender a aquellos interesados que deseen iniciar la tramitación con la administración a través de medios electrónicos y que carezcan de conocimientos o recursos electrónicos adecuados para ello.

En segundo lugar, en materia de notificación electrónica, aun cuando el interesado no haya elegido este medio de notificación, se obliga a que desde la Administración Pública, de forma previa a la práctica de la notificación personal, se proceda a tramitar la notificación de forma electrónica, de forma que si el interesado decide voluntariamente proceder a la lectura de la misma de forma electrónica, ésta se entenderá por practicada. El reto en esta materia, será el de implementar los medios tecnológicos adecuados que garanticen que efectivamente la notificación estaba a disposición del ciudadano para poder ser leída, lo que sin duda, planteará numerosos problemas ya que se requerirán elevadas inversiones y formación para el ciudadano medio que tendrá que cambiar paulatinamente de hábitos.

Otras de las novedades para facilitar el uso de los medios electrónicos ha sido la separación en dos preceptos separados los medios de identificación de firma y los medios de firma electrónica que pueden usar los interesados en sus relaciones con la Administración. Este modelo es el que nos fija el Reglamento Europeo 910/2014 sobre identificación electrónica y servicios de confianza para transacciones electrónicas en el mercado interior, quien apuesta también por ésta separación de medios, asumiendo que ambos medios ofrecen los diversos niveles de garantías. De esta forma, se introduce la regla de que la Administración que opte por el uso de un medio

de identificación determinado, estará en cualquier caso obligada a aceptar otros medios de identificación que escoja el interesado que ofrezcan un nivel superior de garantía. Así, si bien la Ley establece que la regla general será la del uso de los medios de identificación más que de firma electrónica, ya que se considera este segundo algo más complejo para la gestión ordinaria por parte de los ciudadanos, lo cierto es que, en estos casos, el ciudadano que esté más familiarizado con otros medios de identificación más seguros, como es el de la certificación digital, podrá obligar a la Administración a continuar la tramitación con dicho sistema de identificación personal.

Facilita también la norma la reducción de las cargas administrativas y la reducción de aquellos trámites que no sólo se pueden cumplir por vía electrónica sino que además se pueden hacer así de forma más ágil, para ello se propone agilizar apoderamientos electrónicos *apud acta*; una institución que se incorpora del Derecho procesal al Derecho administrativo de forma electrónica, en éste caso, desde un planteamiento absolutamente lógico, ya que si se considera que la firma electrónica seleccionada para la gestión del procedimiento ofrece las suficientes garantías jurídicas para realizar determinados trámites ante la Administración, también se debe poder trasladar a éste procedimiento electrónico este trámite procesal. De esta forma cualquier interesado podrá apoderar a quien considere para realizar determinados trámites ante una o varias Administraciones. La Ley regula además un registro electrónico de apoderamientos, y fija los poderes básicos que pueden ser apoderados, ampliables posteriormente mediante desarrollo reglamentario.

Finalmente, otro de los aspectos destacados en esta reforma, en una nueva apuesta por la simplificación de trámites y empleo de recursos electrónicos es el establecimiento del principio del “cero papel”, lo cual se logra mediante la adición, a la regla general tradicional de que el Administrado no tiene que aportar documentos aportados ya previamente a la Administración, la regla de que tampoco deberá aportar documentos elaborados por la propia Administración y aquella otra que establece que el interesado no tenga que presentar documentos originales para la tramitación del procedimiento administrativo. En estos casos, bastará con la presentación de copias que serán electrónicas digitalizadas y sólo excepcionalmente, cuando la Administración tenga dudas podrá exigir la presentación de documentos originales.

En estos casos, la Ley establece una presunción de aceptación del interesado de la consulta y búsqueda de documentos requeridos para la tramitación del procedimiento obrantes en poder de la Administración. Esto implica, además, la necesidad de contar un una gran red corporativa y un sistema avanzado de plataformas de intermediación de datos en los cuales

ya se está trabajando. Sólo en el caso en que el interesado manifieste su oposición a esta consulta, deberá aportar los documentos personalmente.

Esto implicará la necesidad de cuidar detalladamente la regulación concreta sobre el consentimiento y su armonía con la legislación de protección de datos, pero sin duda, esto producirá un ahorro de papeleo u no pocas sorpresas de quienes no recuerdan o (no quisieran recordar) sus datos o circunstancias en los archivos administrativos.

En suma, la gran apuesta de la reforma operada, como vemos es la regulación íntegra y generalizada del procedimiento electrónico. Por tanto, habremos de acostumbrarnos al expediente virtual en todas sus manifestaciones, iniciación, tramitación, consulta, finalización, sin duda, un gran adelanto en el proceso de modernización de nuestras Administraciones Públicas, pero que no estará exento de trabas y obstáculos de cara a su implantación generalizada tal y como se propone en el Proyecto de Ley analizado.

2.2. Una ley general del procedimiento. Hacia la simplificación de trámites

También es un gran objetivo de la reforma la apuesta por una agilización de los procedimientos. Para ello la LPAC innova regulando un nuevo procedimiento abreviado, de tramitación “simplificada” con un plazo máximo para dictar resolución de 30 días el cual estará disponible a petición del interesado. La Ley regula las fases mínimas que tendrá ese procedimiento, y en el caso en que sea preciso realizar algún trámite adicional, se derivará la tramitación al procedimiento ordinario en la fase en que el primero se encuentre.

Por otra parte, se hace un esfuerzo por reducir y simplificar los procedimientos especiales mediante la articulación de un nuevo procedimiento general que se ve reflejado en el Proyecto de Ley analizado en varios elementos. El primero, es que deja de haber un título específico dedicado a la potestad sancionadora, y por tanto al procedimiento sancionador, así como deja de existir un título específico dedicado a la responsabilidad patrimonial y a su correspondiente procedimiento. Ambos procedimientos, por tanto, pasan a integrarse, dentro del procedimiento general, como trámites especiales.

Esta apuesta por la simplificación y agilización de procedimientos tiene como principal consecuencia el robustecimiento y la consolidación de las reglas de juego administrativo en dos de las caras más duras del poder administrativo, como es la del sancionador y la de la responsabilidad patrimonial, ya que se elevan a rango de Ley buena parte de las disposiciones

que se incluían en los respectivos reglamentos operados mediante el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Publicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Como contrapartida, se establece reserva de ley para la aprobación de procedimientos distintos a los previstos en esta ley básica, y habilita que reglamentariamente se puedan concretar algunos aspectos como el órgano competente, el plazo para algunos trámites, o los documentos a recabar. Todo ello, lo hace la LPAC partiendo de la idea de que las fases establecidas en el Proyecto de Ley analizado son suficientes y comunes para la tramitación de cualquier procedimiento.

Otro aspecto a destacar en este punto, en este caso de cariz positivo en nuestra opinión, es que en este esfuerzo por tratar de integrar aquellos procesos especiales al procedimiento administrativo general, se ha hecho igualmente un esfuerzo por generalizar por ejemplo una de las figuras prevista sólo en el ámbito sancionador con carácter general para todo el procedimiento, como es la posibilidad de reducción del importe de las sanciones impuestas en aquellos casos en los que haya reconocimiento de responsabilidad. Es lo que tradicionalmente se ha denominado el “pronto pago”, que reduce el importe de la sanción en un 20 % (un porcentaje que puede ampliarse reglamentariamente), y que se preveían en diversos procesos especiales del ámbito sancionador como es el del ámbito tributario, de la seguridad social, seguridad de tráfico, etc.

2.3. Un nuevo procedimiento de aprobación de normas

Finalmente, entrando ya en otros de los objetivos del Proyecto de Ley, en cuanto a la mejora de la calidad del ordenamiento jurídico, se trata de la regulación del procedimiento de elaboración de las normas articulado en el Título VI de la LPAC. Este título es novedoso porque antes era la Ley del Gobierno la que regulaba, en sus artículos 22 a 24, los trámites esenciales a seguir para elaborar tanto normas de carácter reglamentario, como los Proyectos de Ley. La novedad es que aquí se regula con carácter básico y para todas las administraciones, no en todos sus elementos pero si en algunos de ellos. Todas estas novedades tienen su origen en las orientaciones dadas tanto desde la Comisión Europea como desde la OCDE para una mejor regulación (*Better Regulation*). Esto es, una normativa que sea mas predecible, que aporte menos cargas y sobre todo, que dé mayor seguridad jurídica.

Como todas las reformas operadas, esta innovación del ordenamiento jurídico tiene luces y sombras, ya que si bien la articulación de estos principios básicos resulta algo farragosa, lo cierto es que se anuncian y establecen determinados informes, trámites y exigencias que, de aplicarse correctamente, contribuirán a un proceso de elaboración de normas, sin duda, más transparente y participado. La duda es si dichas exigencias se constituirán más en un simple obstáculo inoperante a la “legislación motorizada” a que nos tienen acostumbrado nuestras Administraciones Públicas, lo cual, en ocasiones es más que necesario dado el entorno permanentemente cambiante en que se mueven las competencias de nuestro sector público; o si por el contrario, servirán precisamente para cumplir con esos objetivos generales que lo fundamentan. Esto es, una legislación más transparente y democrática.

Dejando la duda en el aire, en espera de ver sus resultados en la práctica, centraremos la atención en aquellos aspectos que si que consideramos una innovación destacable en la materia.

En primer lugar, interesa destacar, una de las grandes novedades que no es otra que la obligación de realizar, con carácter previo a cualquier iniciativa normativa, una consulta pública por vía electrónica. Para ello, la Ley establece que la misma se sustentará en un cuestionario que existirá en la web del Ministerio u organismo competente en función de la Administración proponente, y donde el ciudadano pueda plantear sugerencias y opiniones a la consulta planteada.

Otras de las novedades en la materia, es que también se establece que todas las normas deben acompañarse de una memoria económica, una obligatoriedad que ya se establecía a nivel estatal pero no para todas las Administraciones Públicas. Asimismo, todas las Administraciones Públicas deben aprobar un Plan Anual Normativo a fin de sistematizar el proceso de producción al máximo posible y con lo que también se pretende afianzar la seguridad jurídica en este campo de actuación de la Administración, de forma que los ciudadanos y las empresas conozcan mejor las tendencias de reforma normativa del año. Por último, también se exige una evaluación *ex post* de carácter anual de todas estas iniciativas una vez que hayan sido aprobadas.

Finalmente, en este caso, sólo para el ámbito estatal se introducen dos novedades interesantes que merecen la pena destacar: una es la introducción de una fecha general para la entrada en vigor de las normas, según su contenido. Así si lo que establece la norma son obligaciones de derecho público la fecha será el 2 de enero y el 1 de julio de cada año. No obstante, la Ley establece varias excepciones, además de las que presumiblemente se introducirán a través de la aprobación de los Decretos Leyes si se sigue la

tendencia en el empleo de este instrumento normativo hasta la fecha, unas excepciones, en definitiva, que pueden dificultar este gran cambio en la producción de normas que se pretende con esta reforma. Sin duda, su buen uso dependerá de los propios legisladores. En segundo lugar, se regula un procedimiento abreviado para la elaboración de normas en el ámbito de la Administración General del Estado, de forma que lo que se pretende, una vez más, es la agilización del procedimiento reduciéndose algunos plazos o prescindiendo de algunos trámites de este procedimiento general de elaboración normativa.

Hasta aquí, considero destacadas las principales novedades en materia de regulación del procedimiento administrativo, favoreciendo una mejor regulación a fin de que las relaciones *ad extra* de la Administración ganen en eficacia y modernización en sus relaciones con los ciudadanos. Ciertamente, en este apartado hemos incluido la mención al procedimiento de elaboración de normas que, aunque *ab initio*, suponen la regulación de un aspecto funcional de la administración con eficacia *ad intra*, en última instancia, y dado que generalmente, su contenido lo es para regular el correcto ejercicio de los derechos legalmente otorgados a los ciudadanos por las leyes, entendemos que, de igual forma, y no por ello con menor intensidad, también despliega una mayor eficacia *ad extra*.

III. LA REFORMA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO

En lo que se refiere a la regulación de ese otro aspecto funcional de la Administración que también es abordado en los Proyectos de Ley actualmente en tramitación, ahora sí, y de forma específica, aquel que regula las relaciones *ad intra* de las Administraciones Públicas se realiza especialmente a través del Proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, aunque en este ámbito estático de funcionamiento de la Administración, también tienen cierta incidencia algunos preceptos regulados en la LPAC, y que a continuación especificaremos.

Antes de entrar en el contenido de dicha regulación, es preciso destacar un elemento de especial relevancia en la materia, y es que ambos Proyectos de Ley se refieren en su ámbito subjetivo de aplicación al Sector Público. Se define en la Ley como aquel que incluye al conjunto de las tres Administraciones Territoriales, a las Administraciones Institucionales, donde se incluyen los organismos y entidades de derecho público vinculados o dependientes; o del sector privado dependientes del sector público o cuando

ejerzan funciones administrativas, y también se refiere la Ley a determinados órganos constitucionales o de relevancia constitucional a quienes será de aplicación esta Ley en lo que no sea contrario a su normativa específica.

En lo que se refiere a las novedades relacionadas de nuevo con el uso de los medios electrónicos, nuevamente, y para este particular, se recoge como un elemento esencial en las relaciones entre las administraciones públicas, de esta forma, se refuerzan el uso de estas plataformas de intercambio de comunicación e información que el Estado ya tenía con antelación a esta reforma pero que ahora habrán de ser mejoradas y fortalecidas, toda vez que se configuran como el canal exclusivo de intermediación entre las Administraciones Públicas, no sólo en el seno de un procedimiento administrativo o en el necesario intercambio de comunicación entre las Administraciones en la esfera de su funcionamiento ordinario *ad intra*, tales como son la celebración de sesiones de órganos colegiados, las cuales, se podrán realizar de forma presencial o virtual, pudiendo en este caso participar por medios telefónicos y audiovisuales y pudiéndose incluso aprobar el Acta por los mismos medios, sino también el procedimiento de elaboración de normas. En este sentido, es de destacar que a la fecha ya existen distintas Leyes, como es la Ley de Unidad de Mercado, que apuestan por esa fase de consulta previa interadministrativa en formato electrónico, en la fase de aprobación de los proyectos normativos.

El Título I de la Ley se refiere a la Administración General del Estado, por lo que no tiene carácter básico, pero sí que introduce algunos ajustes respecto de lo que se contenía esencialmente en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAJE). Respecto de la regulación de los órganos superiores, órganos directivos, administración periférica, y administración en el exterior. No entraré en detalle en este punto pues tan sólo se abordan algunos detalles operativos como son una nueva definición del elenco de competencias que ejercen estos órganos, estableciéndose nuevas competencias a determinados órganos que generalmente venían asumiéndolas por delegación, o también la apuesta del uso de medios electrónicos en asuntos o acuerdos que van a ser objeto de elevación al Consejo de Ministros.

Donde sí que encontramos novedades más sustanciales de esta reforma en los Títulos II y III de la Ley, referidos al sector público institucional. Aquí se parte de dos elementos que tienen carácter básico y que son innovadores. El primero, es el sistema de supervisión continua. Hasta ahora teníamos regulado en la LOFAJE los requisitos legales básicos para la creación de cualquier organismo público. Por su parte cada una de las

Administraciones Públicas había desarrollado sus requisitos, pero en dicho desarrollo normativo existía una gran carencia que era prácticamente generalizada, y es que nadie prestaba atención a lo que pasaba después de su creación, esto es, no se establecían los procesos de seguimiento y evaluación, bien para determinar procesos de transformación y adaptación a las necesidades cambiantes, o bien para determinar, en su caso su extinción o incluso reasignación de nuevas competencias cuando se haya demostrado capacidad para ello.

Esto es lo que se pretende implantar con un sistema de supervisión continua que permitirá, en su caso, tomar este tipo de decisiones al tiempo que garantizará la necesaria eficacia a que tienen que atender en todo momento los fines de la organización.

El segundo de los elementos es la creación de un inventario de organismos y entidades públicas instrumentales de carácter constitutivo, esto es, sólo se aportará el Número de Identificación Fiscal a la entidad en el momento de su inscripción en el registro. Las anotaciones registrales, lo serán, por tanto, no sólo para su creación sino también para su transformación, fusión o extinción. Esto, sin duda, además de contribuir a una mayor transparencia, también contribuye a una mayor seguridad jurídica ya que dicho inventario nos permitirá conocer en todo momento que organismos están operando en el tráfico jurídico administrativo. Así como en el ámbito del Derecho privado ya teníamos el registro mercantil, en el ámbito administrativo no teníamos ese instrumento esencial para la adecuada racionalización de este sector público instrumental que a la fecha, aparece sobredimensionado en nuestro país.

En esta misma línea, se creará un nuevo registro estatal en el que constará todo el listado de órganos de cooperación en los que participa la Administración General del Estado, así como de los convenios que el Estado tiene suscritos con otras Administraciones. Esta LRSJP recoge asimismo una reforma de las relaciones y órganos que han sido cauce de cooperación tradicional en nuestras Administraciones Públicas, como son las conferencias sectoriales o la llamada Conferencia de Presidentes con la idea de impulsar la utilización de estos mecanismos de cooperación, de forma que sirvan de verdaderos cauces de cooperación entre las Administraciones y como foro de intercambio de información.

Otras de las grandes innovaciones se producen en materia de Cooperación interadministrativa, se basan esencialmente en el favorecimiento de la cooperación electrónica, lo cual se logra recogiendo como uno de los principios básicos de organización y funcionamiento que recoge la LO-

FAJE para todas las Administraciones Públicas. Este precepto en concreto, ha sufrido cambios significativos al elevarse a rango de Ley las definiciones jurisprudenciales, especialmente del Tribunal Constitucional, de las instituciones de cooperación y colaboración interadministrativa y de sus notas identificativas; y además se produce un desarrollo amplio tanto de las técnicas orgánicas como de las técnicas funcionales de cooperación administrativa.

En lo que se refiere al ámbito estatal las innovaciones vienen por la vía de la regulación y clasificación de las categorías de organismos públicos. Esencialmente, en este punto, lo que se ha hecho es suprimir las Agencias como categoría jurídica de organismo público y además dejaremos de tener la Disposición Adicional 10 que se contenía en la LOFAJE, como paraguas de la aparición de distintas tipologías heterogéneas de entidades. En definitiva, a partir de ahora se sistematizan las categorías en organismos públicos, que incluye los organismos autónomos, entidades públicas empresariales (o las denominadas por la LRJSP autoridades administrativas independientes), y además se mantienen las sociedades mercantiles estatales, las fundaciones, los consorcios, los fondos sin personalidad jurídica y las Universidades Públicas no transferidas.

Esta nueva categorización comenzará a aplicarse a partir de un año de la entrada en vigor de la Ley aunque se establece un periodo de adaptación y transformación del stock de entidades existentes en la actualidad de tres años.

En este ámbito del sector público institucional también hay modificaciones importantes en la regulación de sus posibilidades de transformaciones en otros tipos de entidades, ya que se establece una premisa básica que constituye una auténtica cautela para evitar la siempre denunciada huida del derecho administrativo. De esta forma, será más difícil que una entidad pública empresarial o un organismo autónomo se transforme en una sociedad mercantil o en una fundación a que éstos hagan el recorrido inverso.

También se regula ampliamente tanto la fusión de entidades con similar naturaleza jurídica en lo que se ha venido a llamar “Plan de Redimensionamiento”, prestándose especial atención en este punto a la disolución, liquidación y extinción de las mismas. En este sentido, cabe destacar dos novedades establecidas como nueva causa de extinción, como son: estar en una situación de desequilibrio financiero durante dos años, lo que dará lugar a la creación de un Plan de Corrección cuyo plazo de aplicación igualmente será de dos años, y si transcurrido el plazo establecido la situación financiera no mejora, se incurrirá inmediatamente en causa de disolución

con la consecuente extinción por la falta de idoneidad del organismo, esto tiene que ver con esta medida mencionada anteriormente de supervisión continua cuyo resultado anual puede dar lugar a una propuesta de transformación o disolución de la entidad en el caso que se detecte que no cumple adecuadamente a los fines para la que fue creada o que se detecte duplicidad de funciones con otros organismos de similares características.

Finalmente aludir a otra novedad que se aplica únicamente al sistema de la Administraciones estatal, que es el denominado “Sistema de Gestión Compartida de Servicios Comunes”. Este sistema se establece para que todos los organismos públicos que se creen a futuro, y los existentes, tendrán que avanzar en un sistema de gestión compartida de servicios comunes, con la única excepción en caso de eficiencia o en caso de autonomía de la entidad.

Por último, se incluyen también medidas específicas para mejorar específicamente el funcionamiento de la Administración General del Estado, entre las que se encuentra la exigencia para los altos cargos de los requisitos de idoneidad previstos en la normativa reguladora de los altos cargos de la Administración General del Estado o la previsión de la tramitación telemática de las propuestas y acuerdos del Consejo de Ministros.

En definitiva, muchas novedades recogidas en estos dos ambiciosos proyectos en los que sobrevuela una gran duda que ya dejábamos planteada al inicio de ésta exposición y es la de si habrá tiempo suficiente para que sigan el trámite parlamentario y que se aprueben antes de finalizar la legislatura o por el contrario, ingresarán en el cajón de los proyectos no realizados.

6.

LA INCORPORACIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: CONSIDERACIONES GENERALES Y DE CONTEXTO Y BALANCE NORMATIVO DEL MODELO ESPAÑOL

ALBERTO PALOMAR OLMEDA

*Profesor Titular (Acred.) de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid*

Sumario: *I. La transformación de las pautas de actuación de las Administraciones Públicas. II. Aspectos centrales de la incorporación. 2.1. Disección de las actividades materiales que componen un procedimiento administrativo. 2.2. Elementos imprescindibles desde una perspectiva de gestión e implementación de políticas públicas. III. Un apunte sobre la evolución normativa de la introducción de medios electrónicos en el funcionamiento administrativo. 3.1. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. 3.2. Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. 3.3. La Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (2015). IV. Un elemento clave: la publicidad de sistemas, aplicaciones y programas como garantía formal de la actuación administrativa.*

I. LA TRANSFORMACIÓN DE LAS PAUTAS DE ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Los siglos XX y XXI están llamados a proporcionar una profunda transformación en las pautas de comportamiento de la sociedad. Los avances y el progreso de la ciencia están conduciéndonos a un cambio tan vertiginoso de la sociedad y de sus elementos de relación social que, ciertamente, parecemos estar situados dentro de un ciclón cuya espiral no tiene fin. Es probable que esto haya ocurrido en muchos otros momentos de la historia y la relevancia y la importancia actual del cambio y su intensidad no esté valorando lo que para la humanidad fue, por ejemplo, el descubrimiento de la rueda. Es admisible, por tanto, señalar que estos juicios comparativos de diferentes etapas históricas no sean muy adecuados o, incluso, muy justos pero es cierto que la sensación actual se caracteriza por intensidad del cambio y su velocidad vertiginosa.¹

Pero más allá de esta percepción general es lo cierto que hay algunos conceptos históricos que explican, por ejemplo, las relaciones laborales que están llamados a ser reconfigurados como consecuencia de la velocidad y la intensidad del cambio. Aproximémonos a algunos ejemplos paradigmáticos que se ubiquen en un marco cercano al de las relaciones con las Administraciones Públicas que constituye el objeto de análisis en el presente trabajo.²

De esta forma podríamos señalar como el concepto de oficina, de lugar de trabajo como el lugar en el que se realizan la mayor parte de las tareas que componen la actividad profesional ha perdido gran parte de su relevancia y consideración histórica y con ella la propia estructuración de las tareas o cometidos que se realizaban dentro la misma. Desde esta pers-

¹ La problemática general sobre internet puede verse en el Libro de S. MUÑOZ MACHADO (2000), *La regulación de la red. Poder y derecho en internet*. Madrid. Desde otro punto de vista puede verse el trabajo de MARCHENA GÓMEZ (2000), "Algunos aspectos procesales de internet". En *Cuadernos de Derecho Judicial. "Problemática jurídica en torno al fenómeno de internet"*. Dir. Martín Casallo López. Madrid. Pág. 45 a 79. Asimismo y desde una perspectiva legal y normativa puede verse el Libro dirigido por P. GARCÍA MEXÍA (2002), *Principios de Derecho de Internet*. Madrid.

² R. BAÑÓN y E. CARRILLO (1997), *La nueva Administración Pública* y concretamente en el capítulo "La legitimidad de la Administración Pública". Págs. 51 y ss. Madrid, analizan los fundamentos de la intervención administrativa y las causas que la justifican en el plano histórico para encontrar un fundamento y una justificación a la propia intervención administrativa.

En este mismo sentido puede verse R. LAUFER y A. BURLAUD (1989), *Dirección pública: gestión y legitimidad*, Madrid.

pectiva, por ejemplo, las conexiones telefónicas, las agendas, la disponibilidad presencial, etc., están dejando paso a llamadas directas, agendas auto controladas, trabajo en cualquier hora del día y falta de presencia como elemento de representatividad de la relación laboral. Esta referencia tiene una incidencia directa no solo en las tareas sino en la propia estructuración del personal necesario y de las infraestructuras necesarias para la propia prestación laboral.³

En esta misma línea podemos recordar la transformación tan evidente que ha supuesto la tecnología en la reproducción de documentos, en el envío, en la capacidad de poner a disposición de otro en escaso tiempo tal cantidad de información, documentos, dossiers y de ser contestado en escaso tiempo desde la parte más remota del mundo. Más allá de la incidencia en los costes de la producción este apartado ha supuesto una clara reducción de los tiempos de respuesta, de la seguridad y la comodidad y de las relaciones en los puntos más recónditos de la geografía mundial.

En último término y, en el plano ya más concreto de los servicios, podríamos decir que se ha perdido, igualmente, la vinculación entre el servicio y su disponibilidad temporal. De alguna forma nos hemos acostumbrado a que los servicios estén permanentemente en disposición de ser solicitados y son los usuarios los que, razonablemente, eligen el momento de su concertación e, incluso, de su encargo y dispensación.

A partir de aquí se ha hecho general entre nosotros la idea del mundo global, de las relaciones globales, de la innecesidad de la presencia física, etc... Todo se ha vuelto de otra forma y de alguna forma podría decirse que nos ha gustado tanto que no es previsible una vuelta atrás.

En este contexto, por lo demás tan visible, tan perceptible, tan natural cabe plantearse cuál es el papel de las Administraciones Públicas en este proceso de transformación social no sólo en el impulso de políticas que coadyuven a que la sociedad avance por el camino expuesto sino, también, en la forma en la que la Administración presta sus propios servicios.

La Administración prestacional es, esencialmente, una Administración de servicios y de servicios que se prestan en una sociedad que funciona de otra forma, que piensa de otra forma y que acaba demandando un proceso de "normalización", esto es, que la forma de acceso y de desar-

³ Al tema se refiere el libro presentado por E. BARRERA (1999), *Trabajar en la sociedad de la información. El teletrabajo: problema o solución, como contratarlo*, Madrid; A.J. VILCHES TRASSIERRA (2002), *Aproximación a la sociedad de la información: firma, comercio y banca electrónica*, Madrid.

rollo de muchos de los servicios se realice en condiciones que se aproximen a las convencionales de relación social. Más allá de la titularidad los ciudadanos demandan una evidente igualdad en la forma prestacional y, específicamente, en la forma de acceso al propio servicio.

Este es, precisamente, el momento en el que los ojos se vuelven a la tecnología y se demandan normas, políticas públicas, infraestructuras y procedimientos que incorporen la tecnología a la actuación de las Administraciones Públicas y que contribuyan, por tanto, a homologar el funcionamiento administrativo con el funcionamiento del resto de los servicios prestacionales.

La aplicación no es, sin embargo, simple. No se trata de una sustitución puramente material de unas formas de actuación por otras sino que es preciso que dicha transformación material vaya vinculada a la reflexión sobre la finalidad de las actuaciones administrativas y las necesidades que la electrónica debe asegurar al realizar aquella.

En este sentido viene siendo clásica entre nosotros la diferenciación de la actividad administrativa entre actividad formalizada – entendiendo por tal la de carácter procedimental – y la no formalizada – actividad que realizan las Administraciones para introducir, conocer, ayudar o contribuir a que el conjunto de los ciudadanos conozca los servicios, sus formas de acceso, y de desarrollo o, incluso, que conozca informaciones de alcance general que le pueden interesar.⁴

⁴ Con carácter general podemos remitirnos a otros trabajos adicionales en los que se analizan otras perspectivas de esta misma realidad. En concreto: “Un paso más en la aplicación de la tecnología en el procedimiento administrativo: hacia un procedimiento administrativo común en base tecnológica”. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*. Año 2003. Núm. 3. Pág. 89 a 107; “La utilización de nuevas tecnologías en la actuación administrativa”. *REDA*. Núm. 87. Julio-septiembre. Madrid. 1995. Págs. 361 y ss.

Asimismo, J. VALERO TORRIJOS (2013), *Derecho, innovación y administración electrónica. Cuadernos universitarios de derecho Administrativo*, Global Law Press-Editorial Derecho Global; *El régimen jurídico de la e-Administración: el uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo. Derecho de la Sociedad de la Información*. Comares. Granada. 2002.; L. COTINO HUESO (2015) *Administración Electrónica*, Valencia; M. LINARES GIL (2011), *Administración electrónica, Memento experto Francis Lefebvre*. Madrid; M. FABRA VALLS y J. L. BLASCO DÍAZ (2007) *La Administración electrónica en España: experiencias y perspectivas de futuro*. Publicaciones de la Universidad Jaume I. Castellón.

A) *La tecnología en los procesos informativos o de divulgación de informaciones, prestaciones, o tareas que se realizan en una Administración Pública*⁵

El papel de la tecnología en ambos procesos es muy diferente. En el marco de la actividad no formalizada son posibles todas las formas de actuación conocidas en la propia sociedad⁶. La tecnología disponible – estática o en movilidad – puede ser utilizada por la Administración ya que en la misma no se tienen en consideración los aspectos de constancia y de seguridad que son consustanciales a la actividad procedimental y, por tanto, a la actividad administrativa más convencional. A nadie le importa, ninguna relevancia tiene (más allá de la reflexión sobre el trabajo mismo) en conocer quien, cuantos y para que se entra en una web pública, ni existe inconveniente alguno en que ese acceso se produzca tantas veces como se demanden e, incluso, que exista una posibilidad de que el acceso se realice por medios electrónicos alternativos y no taxativos para permitir ampliar el número de personas que se benefician del mismo.

Desde una perspectiva jurídica podríamos decir que esta actuación es una actuación genérica – no referida a interesados en términos jurídicos –, sin conexión directa con persona alguna, que no necesita elementos de constancia y cuyo reto, finalmente, es la utilidad y la garantía de la veracidad.

El campo de actuación de las Administraciones Públicas en este terreno no tiene límite cuantitativo ni formal. Normalmente el problema se centra, únicamente, en la veracidad de la información y en cuanto pueda suponer el aspecto informativo de compromiso de la propia Administración en relación con los criterios y los elementos centrales para acceso y obtención de las prestaciones que se incluyen ya dentro del concepto de Administración formalizada.

B) *La tecnología en el marco de los procedimientos administrativos*⁷

Aquí la visión es radicalmente contraria. Estos procesos de trabajo no están pensados para el conjunto de la población sino para los interesa-

⁵ J. GUILLÉN CARAMÉS (2002), “La Administración Electrónica”. En la obra Colectiva dirigida por P. García Mexía. *Los principios de internet*. Valencia. Pág. 246; J. GUILLEN CARAMÉS (2010), *La Administración electrónica: ¿mito o realidad para los ciudadanos del siglo XXI?.*, Centro PWC&IE del Sector Público. Madrid.

⁶ R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ (2012), *Derecho y cloud computing*. Navarra.; R. RALLO LOMBARTE; R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ y I. ALAMILLO DOMINGO (2013), *Derecho y redes sociales*. 2.^a Ed. Navarra.

⁷ F. BAUZA MARTORELL (2003), *Procedimiento administrativo electrónico*, Comares, Granada.

dos, esto es, para quienes tienen una especial conexión con el respectivo asunto en términos de lo que la jurisprudencia ha denominado perjuicio (muy a menudo en los procedimientos de oficio) beneficio (muy a menudo en los procedimientos a instancia de parte).

Pero, adicionalmente, se trata de procedimientos en los que se reconocen o deniegan derechos lo que, claro está, convierte la actuación administrativa en una actividad sujeta a los principios constitucionales de la Administración que se encuentran contemplados en el artículo 103.1 de la CE cuando señala que "... La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho...".

Desde una perspectiva práctica aquí las cosas dejan de ser genéricas (información bruta) para convertirse en específicas (expediente-estado del expediente-) y, sobre todo, empieza a convertirse en una tecnología que tiene que asegurar algunos de los principios esenciales del funcionamiento administrativo y, entre ellos, la seguridad jurídica y, en sus aspectos más instrumentales, la certeza de las notificaciones, la custodia de los expedientes, el ajuste a Derecho de las resoluciones, etc....

El procedimiento, en esencia, es garantía aunque lo que es cierto es que no puede entenderse como garantía lo instrumental. La finalidad última del procedimiento que es el acierto y el ajuste a derecho de la actuación y esto puede conseguirse de igual o de mejor manera en un expediente electrónico o en uno manual.

La cuestión clave es cómo concebir el procedimiento electrónico, qué es lo que se puede someter a esta forma de trabajo y cómo asegurar que los principios esenciales del procedimiento administrativo (impulso de oficio, contradicción, transparencia o gratuidad, por señalar los más representativos) se materialicen de forma diferente pero se mantenga su esencia.

Finalmente podríamos señalar que el conjunto de debates que plantea la introducción y la apuesta por la tecnología se completa con la referencia a si dicha introducción debe o no tener carácter vinculante o, si por el contrario, es preciso reconocer la llamada brecha digital que se ha establecido entre quienes acceden y utilizan estos medios y quienes tienen dificultades para dicho acceso o por su forma de relación deciden no utilizar dichos medios.

Se trata, qué duda cabe, de un debate, esencialmente, temporal porque es evidente que los hábitos de comportamiento de la población – en

general – hará que dentro de algún tiempo tanto los problemas de acceso como los problemas de utilización puedan llegar a parecernos ridículos como lo han sido otros debates de la misma índole que, hoy, nos parecen casi absurdos. Pero no puede obviarse que es real el problema en la actualidad en la que la opción obligada por las relaciones electrónicas deja fuera de dicho ámbito relacional a un sector importante de la población que no puede o no quiere utilizar dichos medios.

A partir de ahí y en este ámbito introductorio en el que nos estábamos moviendo cabe indicar que el debate sobre las formas relacionales se ha zanjado, de momento, sobre la base de su carácter voluntario. De esta forma es el propio ciudadano – como regla porque finalmente se ha convertido en obligatorio para colectivos específicos – el que elige y determina los elementos centrales de su relación y esto con independencia de la tramitación del correspondiente procedimiento puesto que la Administración puede decidir la instrucción interna en clave electrónica o en la que considere más oportuno.

Lo que realmente nos interesa reseñar, en este momento, es que la utilización de medios electrónicos como elemento de relación opera, esencialmente, con carácter voluntario siendo esta determinación independiente de las formas de organización y de actuación interna de la respectiva Administración.

II. ASPECTOS CENTRALES DE LA INCORPORACIÓN

2.1. **Diseción de las actividades materiales que componen un procedimiento administrativo**⁸

Si tratamos de analizar un procedimiento administrativo podríamos llegar a la conclusión de qué es un proceso administrativo, que surge como consecuencia de una petición o de una intimación (procedimiento a instancia de parte o de oficio) cuya esencia es la resolución conforme a derecho de lo solicitado y su comunicación en forma al interesado.⁹

A partir de esta referencia ha sido común señalar que, en función de

⁸ Con carácter más amplio, nos remitimos a nuestro anterior trabajo: «Gestión electrónica de los procedimientos», en E. GAMERO CASADO y J. VALERO TORRIJOS (2007), *La Ley de Administración Electrónica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

⁹ J. VALERO TORRIJOS (2007) “La nueva regulación legal del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el ámbito administrativo ¿hacia un nuevo modelo de Administración?”, electrónica?, *Revista Catalana de Dret Public*. Núm. 35.

lo indicado, el proceso contiene actos de comunicación, de conocimiento y utilización de información y de formación de la voluntad.

Esta categorización y conceptualización nos permite, seguidamente, plantear algunos de los problemas centrales de cada uno de los tipos de actuaciones cuando se decide su realización por medios electrónicos.

A) *Actuaciones de comunicación*¹⁰

Podemos, a su vez, intentar encuadrar los actos en función de su finalidad en la forma siguiente:

- El acceso seguro al procedimiento

Esta cuestión ha estado centrada tradicionalmente en la configuración e incorporación al funcionamiento administrativo de los registros electrónicos.

Se trata, probablemente, de la fase más sencilla porque la labor de incorporación formal al procedimiento no es sino una labor de convertir algo habitual de los sistemas electrónicos en algo que, con la misma estructura, tenga efectos jurídicos.

La transformación es, por tanto, una labor de adveración, de conocimiento del sistema registral, de los requisitos y características del mismo y de la forma en la que traduce los inputs electrónicos en actos de trámite administrativos que inician el procedimiento o documentan las relaciones con interesados.

Las cuestiones que, más a menudo, se han planteado en relación con la incorporación de los medios electrónicos se han centrado, de una parte, en la transición entre registros generales de una Administración (que redimensione al órgano correcto la información), en registros de órgano administrativo, en cómo conseguir la efectividad del principio de presentación indiferenciada que se consagra, por ejemplo, en el artículo 38 de la LRAPC (1992) entre registros de las diferentes Administraciones Públicas.

La perspectiva es, claro está, diferente a la que inspiraba el funcionamiento administrativo tradicional donde la facilitación de las formas y lugares

¹⁰ El libro dirigido por J. L. PERALES SANZ (2002), *La seguridad Jurídica en las transacciones electrónicas*. Madrid; E. GAMERO CASADO (2010), *Cuadernos de Derecho Local*. Madrid; IDEM (2005), "El correo electrónico como medio de notificación administrativa en el derecho propio de Andalucía", *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y conocimiento*. Núm. 3.

de presentación estaba vinculada al acercamiento de la Administración al ciudadano cosa que, en el momento presente, tiene, claro está, otra dimensión.

Desde una perspectiva transitoria se plantea, igualmente, el problema de la convivencia entre registros electrónicos y los que no son y, sobre todo, determinar la prioridad entre ambos que, normalmente, no es demasiado importante o no tanto como la presentación en plazo pero que, sin embargo, se convierte en un elemento de discusión permanente cuando la prioridad produce algún tipo de efecto jurídico como ocurre, por ejemplo, con la traba de bienes y la prioridad en los embargos.

Esta cuestión está directamente vinculada con uno de los elementos centrales del funcionamiento de los registros electrónicos: los plazos. La característica más común es que los registros electrónicos funcionen las veinticuatro horas del día y que lo hagan todos los días del año. Cuestión diferente es o son los efectos jurídicos de la presentación en aquellos días/horas que las normas procedimentales consideren como inhábiles. La solución más común, en este ámbito, ha sido la de considerar que el documento que tiene entrada en un día/hora inhábil se considera presentado en el siguiente día/hora hábil del respectivo registro y de la respectiva Administración. Es justo en este punto donde puede surgir la utilidad práctica de la cuestión que se planteaba en el apartado anterior.

- Las comunicaciones interlocutorias y el principio de transparencia

Una vez iniciado el procedimiento y sobre la base de la impulsión de oficio del mismo se producen, en la fase de instrucción y de subsunción de la petición-actuación en su marco jurídico de un conjunto de actuaciones con el propio interesado. La característica habitual, en los supuestos más conocidos, ha sido la de aplicar el principio de neutralidad técnica y de opción por diversos canales para evitar que las decisiones de carácter tecnológico acaben convirtiéndose en barreras de entrada en los respectivos sistemas de funcionamiento de las Administraciones.

En este sentido las opciones más razonables están orientadas, por tanto, a la multiplicidad de canales de comunicación, opciones tecnológicas con la mayor neutralidad aplicativa y, finalmente, el otorgamiento de la capacidad al interesado de ser él quien, finalmente, opte por unos u otros sistemas.

- La comunicación del resultado

Desde una perspectiva procedimental la terminación del procedimiento cuando se produce por la forma “normal”, esto es, mediante

resolución, exige para la eficacia de dicho acto el que se notifique la misma a los interesados. La notificación es un acto de carácter formal pero constitutivo desde la perspectiva de que genera la eficacia del acto administrativo. En punto a lo que aquí se analiza la notificación tiene dos aspectos que pueden ser objeto de actuación en el plano de los medios electrónicos. De un lado, la constancia de la “salida” del correspondiente órgano administrativo a través del registro electrónico y, de otro, la constancia de la notificación (o de su intento) que es la que produce efectos en el plano reaccional o impugnatorio y en el plano eventual de la ejecución forzosa de los actos administrativos.¹¹

La notificación electrónica es, sin duda, uno de los elementos de mayor eficacia en la ordenación de los procedimientos y en la que se ha producido un avance mayor con la introducción de sistemas informáticos. Su capacidad de incidir en la reducción de tiempos de respuesta es de tal nivel que realmente debería haberse hecho un mayor esfuerzo para conseguir su implantación más generalizada que la que tiene en la actualidad.

La notificación electrónica ha planteado escasos problemas diferenciales en relación con las comunicaciones electrónicas: su versatilidad, la elección de canal, etc.

Lo que sí ha planteado alguna cuestión adicional es la documentación del rechazo de la notificación y su similitud con las notificaciones mediante procedimientos manuales. En estos procedimientos ante la “ausencia” del interesado se producía un segundo intento. En el procedimiento electrónico se había convenido que no utilizar la IP que se señala a efectos de notificaciones en el plazo establecido se considera como un rechazo y la consecuencia es, en la mayor parte de los casos, la publicación en tabloneros digitales y la opción, por tanto, por los sistemas de información general y no personal.

B) *Actividades de acopio de información*¹²

La instrucción del procedimiento y la documentación suficiente para la adopción de la decisión exige que bien los ciudadanos aporten la que obre en su poder bien los propios órganos administrativos sean capaces de aportar la que posee.

¹¹ E. GAMERO CASADO (2001), *Los medios de comunicación en el procedimiento administrativo*. Sevilla; “La notificación por correo electrónico tras la Ley 24/2001, de 27 de diciembre”. *REDA*. Núm. 116. Oct.- diciembre. Madrid. 2002. Págs. 501 y ss.

¹² J.A. MARTÍNEZ USERO (2007), *La gestión del conocimiento en la administración electrónica*. Instrumenta Bibliológica; I. ARAGUÇAS GALCERÁ, *La Administración electrónica en España: de la “administración en papel” a la “e-administración”*.

En este sentido podemos indicar que, cada vez es más frecuente, que las Administraciones traten de optar por la segunda de las opciones. De esta forma es común entre los derechos de los interesados en un procedimiento el derecho a no presentar los documentos ni las informaciones que ya obren en los archivos administrativos a cuyo fin la acuñación se produce de oficio como una muestra de la actividad de instrucción o bien como consecuencia de la autorización expresa que pueda prestar el ciudadano como consecuencia, a su vez, del carácter protegido de determinados datos. (Art. 35 LRJAP)¹³

En este punto son cruciales dos elementos: la conexión con la normativa de protección de datos personales y la adecuada utilización de los ficheros y datos, de un lado, y la constancia y acopio en el propio expediente.

En relación con la primera de las cuestiones (conexión con la normativa de protección de datos personales) podemos decir que las reglas más comunes de dicha relación pasan por que la norma legal prevea la utilización de determinados datos de un fichero en los expedientes relativos o con conexión en los mismos o bien conseguir que la utilización de dichos datos esté amparada en el consentimiento expreso del interesado.

La normativa reguladora del correspondiente expediente electrónico debería prever la consulta o la utilización de determinados ficheros y las normativas reguladoras de los mismos (o la ley que ampare la cesión).

C) *Actividades de formación de la voluntad*¹⁴

La utilización de la electrónica – en general – para establecer formas de resolución de los procedimientos es, sin duda, el elemento más sofisticado de la utilización de la electrónica en el ámbito procedimental.

Los precedentes legales y la propia ordenación actual de la regulación de los medios electrónicos en el procedimiento nos permiten indicar que el marco jurídico admite la posibilidad de la realización íntegra del procedimiento por estos medios lo que, claramente, nos sitúa en el terreno de la admisibilidad de que la electrónica sea utilizada para la tramitación y resolución de los procedimientos administrativos.

¹³ M. FERNÁNDEZ SALMERÓN ; D. OCAÑA LACAL y J. VALERO TORIJOS (2003), *Cuadernos de estudios técnicos*. Murcia.

¹⁴ J. HERRANZ MARTÍNEZ DE PINILLOS (2012), *Diseño e implementación de un tramitador de expedientes para la administración electrónica*. Universidad Carlos III de Madrid. Departamento de Informática. Ingeniería en Informática.

Es cierto, sin embargo, que esta posibilidad es mucho más sencilla cuando la Administración ejercita en un procedimiento una potestad reglada, esto es, que admite una única solución jurídica. La posibilidad de que esta solución sea obtenida mediante un programa o un sistema electrónico es mucho más sencilla que cuando se ejercita una potestad discrecional en la que existen o pueden darse diversas soluciones – todas ellas posibles y válidas- y en las que la capacidad de establecer reglas predeterminadas mediante sistemas electrónicos es, ciertamente, más compleja y, realmente, más difícil.

Desde nuestra perspectiva y más allá de considerar la admisibilidad de esta finalidad de la tecnología podemos indicar que los problemas se han centrado, de un lado, en conseguir la seguridad de los ciudadanos mediante la aprobación y publicación de los programas y, de otro, en la proyección del acto administrativo y la revisión jurisdiccional del acto. Mientras la primera cuestión se ha resuelto con el establecimiento de la obligación de publicidad de los programas o los sistemas que se utilizan, la segunda, es, ciertamente, un elemento que, aun, no ha tenido la relevancia ni la importancia teórica ni real que se merece.

2.2. Elementos imprescindibles desde una perspectiva de gestión e implementación de políticas públicas

La introducción de elementos electrónicos en la actuación administrativa no es solo, no debe ser solo una actividad formal de sustitución de unas formas de actuación por otras. La tecnología se convierte en los procesos de producción en un momento para la reflexión organizativa y para la reconfiguración de las pautas y formas de actuación administrativa. A esta labor de la tecnología como excusa para conseguir una mayor eficacia y racionalidad de la actuación administrativa se dedican los apartados siguientes.

A) Redefinición de procesos¹⁵

Desde una perspectiva general y de ordenación de procesos en cualquier organización es preciso, antes de sustituir unas formas de actuación

¹⁵ F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2002), «Consideraciones jurídicas sobre la informatización de los procedimientos administrativos. La iniciación y terminación del procedimiento por vía telemática», en AA. VV. *VII Jornadas de Tecnimap*, A Coruña; R. RÍVERO ORTEGA (2011), “Simplificación administrativa y administración electrónica: objetivos pendientes en la transposición de la Directiva de Servicios”. *Revista Catalana de dret public*. Núm. 42.

por otras –sean estas del tipo que sean- plantearse la finalidad del cambio y los objetivos que se tratan de conseguir con el mismo.

La eficacia y la eficiencia son dos principios esenciales de la gestión – incluso de la pública – y exige que la transformación de las formas de realizar los trámites, en este caso de carácter administrativos, sean evaluados antes de ser sustituidos. Toda esta elíptica referencia trata únicamente de señalar que la transformación de procedimientos no es una mera sustitución de las formas de realizarlos, es una ocasión, un momento, para el replanteamiento del procedimental y, como consecuencia, para el rediseño funcional.

La utilización de medios tecnológicos y la sustitución de elementos centrales de un procedimiento es una magnífica ocasión para evaluar si la tecnología podría ser la cuña que introduzca mayor celeridad, mayor transparencia, mayor comodidad, menores plazos de resolución, más seguridad o, cualquier otro de los elementos que son inherentes a la reconfiguración funcional.

Con carácter general podría decirse que muchas de las normas que han apostado por la introducción de técnicas electrónicas en el funcionamiento administrativo exigen como un requisito ineludible la redefinición previa del proceso. Esta redefinición puede llegar a implicar elementos muy diferentes y novedosos: la acuñación secuencial de la información, el propio concepto de expediente como acuñación física de los documentos, etc., elementos que son ya una constante en la gestión de muchos procesos y que deberían incorporarse a los procesos en las Administraciones Públicas como consecuencia de la reflexión y de la finalidad y objetivos que se traten de conseguir con los mismos.

En todo caso y con carácter general cabe indicar que el rediseño funcional es una exigencia – legal o meramente gestora – pero, sobre todo, una necesidad ineludible para conseguir la eficacia y la optimización de los procesos y, por tanto, que la introducción de medios electrónicos se convierta en una excusa (o una exigencia) que evite la mera sustitución de las formas de realización a favor de la mayor eficacia, racionalidad, transparencia, etc.

Desde una perspectiva puramente normativa el actual artículo 34 de la LAE establece que

“ ...

La aplicación de medios electrónicos a la gestión de los procedimientos, procesos y servicios irá siempre precedida de la realización de un análisis de rediseño funcional y simplificación del procedimiento, proceso o servicio, en el que se considerarán especialmente los siguientes aspectos:

- a) La supresión o reducción de la documentación requerida a los ciudadanos, mediante su sustitución por datos, transmisiones de datos o certificaciones, o la regulación de su aportación al finalizar la tramitación.

- b) La previsión de medios e instrumentos de participación, transparencia e información.
- c) La reducción de los plazos y tiempos de respuesta.
- d) La racionalización de la distribución de las cargas de trabajo y de las comunicaciones internas...”.

B) Reordenación material y de recursos

Sin lugar a dudas que una de las consecuencias evidentes de la introducción de medios electrónicos en la gestión pública es que su propia introducción conlleva un amplio proceso de reforma de la organización en la que se produce. Es este uno de los elementos más evidentes y que debería conformar la estrategia de la organización.

Un correcto proceso de tecnificación tiene incidencias evidentes en la conformación de las habilidades de los profesionales, en su propio número y los procesos de reasignación funcional y geográfica que suponen. Sin duda este es uno de los elementos claves de la gestión de las organizaciones y uno de los que menos asiduamente forman parte de los procesos internos de cambios en los parámetros de gestión. Es tan corriente que las organizaciones asuman que los cambios tecnológicos no implican reajuste de efectivos como erróneo el planteamiento y demuestra que una de las grandes asignaturas por aprobar en la gestión pública es “la gestión del cambio” que no necesariamente debe unirse a medidas traumáticas pero si a procesos de reasignación y reordenación de los efectivos en función de las necesidades.

Finalmente, y aunque la prescripción sea estrictamente de gestión, cabe indicar que un reto evidente de la introducción de medios tecnológicos es la adecuada ordenación de una política pública y, en concreto, de las inversiones necesarias y “sostenidas” que permitan la adecuada utilización de las políticas de introducción. En este sentido puede decirse que la falta de planificación y de realización de las políticas públicas de introducción de medios electrónicos conduce – ha conducido en numerosas ocasiones – a proporcionar ejemplos de proyectos no concluidos que afectan a la propia credibilidad del sistema y, en general, a la adaptación de los usuarios a los nuevos requerimientos en la actuación administrativa.

C) El aseguramiento de la plenitud de derechos: la compatibilidad de sistemas y de prestaciones

No parece necesario insistir demasiado en que la introducción de

tecnología en cualquier procedimiento – público o privado – admite un conjunto de posibilidades en la conformación de los derechos de los afectados por los mismos que, desde luego, superan los que se habían asegurado en otros tipos de procedimientos en los que no predomina este factor.

A partir de aquí ha sido común en el momento de establecimiento de los derechos de los ciudadanos con motivo de la aplicación de medios electrónicos se haya producido una intensificación de los derechos de los ciudadanos en el ámbito de los procedimientos, muy ligada, en esencia, a las posibilidades de acceso, de participación, de conocimiento de la información acuñada, etc. Las posibilidades en este campo son realmente relevantes y admiten una profundización que transmuta la posición y los comportamientos administrativos.

El reto en este ámbito se ha centrado, a menudo, en asegurar la neutralidad de los canales de acceso, en la versatilidad de los mismos y, por tanto, que la profundización en los derechos instrumentales en el ámbito procedimental sea un hecho.

III. UN APUNTE SOBRE LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA INTRODUCCIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS EN EL FUNCIONAMIENTO ADMINISTRATIVO¹⁶

Este apartado tiene por objeto analizar, de una forma sintética, los hitos normativos de introducción de medios electrónicos en el funcionamiento administrativo con el intento de explicar cómo se han intentado resolver algunos de los problemas generales a los que nos hemos referido en los apartados anteriores.¹⁷

3.1. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

¹⁶ Sobre el tema puede verse el trabajo de J. M. ALCOLEA (2000), “La incorporación de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la actividad de la Administración del Estado. Especial referencia a la Ley 30/1992 y a los Reales Decretos 263/1996 y 772/1999”, en la obra colectiva *Derecho de Internet*. Dirigida por R. MATEU DE ROS y J. Cendoya MENDEZ DE VIGO. Navarra; y I. AGIRREAZKUENAGA y C. CHINCHILLA, (2001), “El uso de medios electrónicos informáticos y telemáticos en el ámbito de las Administraciones Públicas”, *REDA*. Núm. 109. Enero- Marzo. Madrid. Págs. 35 y ss.

¹⁷ J. A. MARTÍNEZ USERO; P. BELTRÁN ORENES y M. SAN SEGUNDO (2007), “Origen y evolución de la política española de administración electrónica en el contexto de las políticas nacionales de información. Oficina Técnica del proyecto INREDIS. 2007”. *Revista eContenidos, Technosite*, vol. 0, n. 1.

Más allá de alguna referencia que a la mecanización que se contenía en la LPA de 1958 es la redacción inicial de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común la que establece un primer marco de la incorporación de medios electrónicos en la gestión, esencialmente, de carácter procedimental.

En concreto, el artículo 45 de la LRJAP establecía que

“... ”

1. Las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las Leyes.
2. Cuando sea compatible con los medios técnicos de que dispongan las Administraciones Públicas, los ciudadanos podrán relacionarse con ellas para ejercer sus derechos a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos con respecto de las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento.
3. Los procedimientos que se tramiten y terminen en soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la competencia por el órgano que la ejerce.
4. Los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que vayan a ser utilizados por las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus potestades, habrán de ser previamente aprobados por el órgano competente, quien deberá difundir públicamente sus características.
5. Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras Leyes”

De una forma específica, el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas o telemáticas por la Administración General del Estado, que desarrolla el artículo 45 de la LRJAP y que conformó el régimen reglamentario de aplicación de la utilización de medios electrónicos en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Las características de esta incorporación eran ciertamente rudimentarias pero, probablemente por esto, potencialmente, con un margen muy amplio de actuación. No es sencilla ni simple una síntesis de lo que supuso dicha incorporación pero sí podríamos indicar que el carácter programático y proyectivo y el impulso que supone, junto con el reconocimiento – au-

nque condicionado a los medios técnicos disponibles – del derecho a la relación con la Administración por medios electrónicos y, finalmente, la necesidad de la aprobación y difusión de las características centrales de los sistemas informáticos y la admisión del valor de los documentos obtenidos en forma electrónica.

3.2. Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos¹⁸

El marco esencial que se conformaba en el artículo indicado sufre un profundo impulso con la publicación de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios público que deroga el marco previo y establece un marco mucho más ambicioso y general que el pretérito. Esta visión es perceptible desde el propio ámbito de aplicación de la misma que no es, estrictamente, procedimental – como era el artículo 45 de la LRJAP – sino comprensiva del conjunto de la actuación de quienes gestionan servicios públicos.

Es cierto, sin embargo, que pese a la LAE se centra en el “acceso” no es únicamente esto – los aspectos relacionales- lo que contempla sino va más allá y establece los principios generales de la actuación electrónica de los órganos administrativos, los derechos de los ciudadanos en relación con la Administración electrónica, las garantías de prestación de los servicios y el régimen jurídico de la administración electrónica y sus elementos centrales y más representativos (sede electrónica, reglas de identificación y autenticación – DNI electrónico –, firma electrónica, interoperabilidad de sistemas, registros, comunicaciones y notificaciones, régimen de los documentos y archivos electrónicos, copias electrónicas y expedientes de igual origen).

Sin embargo, las grandes características del nuevo sistema se pueden concentrar en dos:

A) Título Tercero de la LAE. Su denominación es “gestión electrónica de los procedimientos”

Se incluye la referencia a las formas y las características de la utilización de medios electrónicos en cada fase del procedimiento administrativo. De esta forma, el artículo 35 se refiere a la iniciación del procedimiento por

¹⁸ Con carácter general, E. GAMERO CASADO y J. VALERO TORRIJOS (2008), *La ley de administración electrónica: comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico a los servicios públicos*. Navarra.

medios electrónicos, el artículo 36 a la instrucción del procedimiento, el artículo 37 al acceso de los interesados y el artículo 38 a la terminación de los procedimientos.

Desde esta perspectiva podemos indicar que la característica de la LAE en el marco procedimental es la de admitir que el conjunto de fases del procedimiento administrativo puedan ser realizadas electrónicamente lo que realmente convertía a la LAE en una norma muy avanzada que admite, por tanto, la asunción de labores instrumentales – como la notificación – junto a la posibilidad de utilización de medios de resolución y, por tanto, programas inteligentes que lleguen a la sustitución del procedimiento y la actuación convencional y humana por elementos de inteligencia artificial.

B) La Organización administrativa y los instrumentos de seguridad e interoperabilidad

El segundo de los avances más significativos de la LAE, más allá de la propia individualidad y de la sistematización de sus conceptos, es la creación de elementos administrativos específicos que permitan la ordenación específica de estas políticas.

Desde nuestra consideración debe indicarse que esta importancia se centra en los siguientes elementos:

- a) Comité Sectorial de administración electrónica
- b) Esquema Nacional de Interoperabilidad.

Según el artículo 42 de la LAE “... El Esquema Nacional de Interoperabilidad comprenderá el conjunto de criterios y recomendaciones en materia de seguridad, conservación y normalización de la información, de los formatos y de las aplicaciones que deberán ser tenidos en cuenta por las Administraciones Públicas para la toma de decisiones tecnológicas que garanticen la interoperabilidad...”.

El citado esquema fue aprobado por Real Decreto 4/2010, de 8 de enero por el que se aprueba el Esquema nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración electrónica.

C) Esquema Nacional de Seguridad

Es el apartado 2 del propio artículo 42 el que se refiere a esta figura y la define indicando que “... 2. El Esquema Nacional de Seguridad tiene por objeto establecer la política de seguridad en la utilización de medios

electrónicos en el ámbito de la presente Ley, y está constituido por los principios básicos y requisitos mínimos que permitan una protección adecuada de la información”.

El citado esquema fue aprobado por el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero que regula el Esquema nacional de seguridad en el ámbito de la Administración electrónica.

Adicionalmente y, desde otra perspectiva, se construyen elementos esenciales para la ordenación como la creación de la red de comunicaciones de las Administraciones Públicas¹⁹ y la Red integrada de atención al ciudadano.²⁰

3.3. La Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (2015)

La opción organizativa de las Administraciones Públicas y del procedimiento para la realización de sus actos y actuaciones en las reformas aprobadas en 2015 es, ciertamente, importante en lo que se refiere a la configuración de ambos aspectos de la vida y la organización pública. Examinemos los aspectos más esenciales de dicha regulación:

A) Ley de Régimen Jurídico del Sector Público

Establece el artículo 1º de la Ley que “La presente Ley establece y regula las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, los principios del sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas y de la potestad sancionadora, así como la organización y funcionamiento

¹⁹ El artículo 43 de la LAE que regula esta figura establece que “... La Administración General del Estado, las Administraciones Autonómicas y las entidades que integran la Administración Local, así como los consorcios u otras entidades de cooperación constituidos a tales efectos por éstas, adoptarán las medidas necesarias e incorporarán en sus respectivos ámbitos las tecnologías precisas para posibilitar la interconexión de sus redes con el fin de crear una red de comunicaciones que interconecte los sistemas de información de las Administraciones Públicas españolas y permita el intercambio de información y servicios entre las mismas, así como la interconexión con las redes de las Instituciones de la Unión Europea y de otros Estados Miembros...”.

²⁰ Está contemplada en el artículo 44 de la LAE cuando señala que “... 1. Las Administraciones Públicas podrán suscribir convenios de colaboración con objeto de articular medidas e instrumentos de colaboración para la implantación coordinada y normalizada de una red de espacios comunes o ventanillas únicas. 2. En particular, y de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, se implantarán espacios comunes o ventanillas únicas para obtener la información prevista en el artículo 6.3 de esta Ley y para realizar los trámites y procedimientos a los que hace referencia el apartado a) de dicho artículo...”.

de la Administración General del Estado y de su sector público institucional para el desarrollo de sus actividades”.

En lo que aquí se analiza, el Capítulo V del Título Preliminar se refiere a un conjunto de cuestiones que se agrupan dentro del concepto denominado “funcionamiento electrónico del sector público”. Dicha regulación incluye lo correspondiente a la sede electrónica, al portal de internet, a la regulación de los sistemas de identificación de las Administraciones Públicas, a los sistemas de firma para la actuación administrativa automatizada²¹, la firma electrónica del personal al servicio de las Administraciones Públicas, el intercambio electrónico de datos y al archivo electrónico de documentos.

Al margen de estas cuestiones generales cuya regulación guarda gran simetría con la LAE, hay dos cuestiones que guardan una mayor relevancia de concepto en cuanto suponen una conexión evidente con el procedimiento y con las formas de actuación administrativa. Nos referimos a:

- Delimitación del concepto de actuación administrativa automatizada

Es el artículo 41 de la LRJSP (2015) el que establece una delimitación conforme a los siguientes parámetros:

1. “Se entiende por actuación administrativa automatizada, cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público.
2. En caso de actuación administrativa automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación”.

Sobre la importancia y relevancia jurídica de este apartado insistiremos pero dejando claro que lo relevante es el concepto que admite que la actuación automatizada alcance total o parcialmente a un procedimiento. No hay límites pero tampoco actuaciones apriorísticas por lo que es la

²¹ Con carácter general puede verse M. MICCOLI (2002), “Panorama mundial de la firma electrónica. Referencia al Derecho Italiano”. En la Obra colectiva, *La Seguridad Jurídica en las transacciones electrónicas*. Madrid; A. ILLESCAS RUS (2002), “Firma electrónica, firma digital y valor probatorio”. En la obra colectiva, *La Seguridad Jurídica en las transacciones electrónicas*. Madrid. M. A. DAVARA RODRÍGUEZ (2000), “Firma electrónica y Autoridades de certificación: el notario electrónico”. En la obra colectiva: *Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet. Cuadernos de Derecho Judicial*. IV. Madrid. G. ALCOBER GARAU (2002), “Concepto de firma electrónica, firma electrónica y firma manual”. En la Obra colectiva, *La Seguridad Jurídica en las transacciones electrónicas*. Madrid.

propia organización y decisión del órgano administrativo la que realmente determina el nivel y la intensidad de la automatización.

- Interoperabilidad de la firma electrónica

Se refiere a esta cuestión el artículo 45 de la LRSP (2015) cuando señala que

“... ”

2. Con el fin de favorecer la interoperabilidad y posibilitar la verificación automática de la firma electrónica de los documentos electrónicos, cuando una Administración utilice sistemas de firma electrónica distintos de aquellos basados en certificado electrónico reconocido o cualificado, para remitir o poner a disposición de otros órganos, organismos públicos, entidades de Derecho Público o Administraciones la documentación firmada electrónicamente, podrá superponer un sello electrónico basado en un certificado electrónico reconocido o cualificado....”.

En otro lugar de la LRSP (2015) (art. 155 y ss.) se establecen las bases de las relaciones electrónicas entre las Administraciones Públicas.

En concreto, el artículo 155 (“Transmisiones de datos entre Administraciones Públicas”) de la Ley establece:

1. “De conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y su normativa de desarrollo, cada Administración deberá facilitar el acceso de las restantes Administraciones Públicas a los datos relativos a los interesados que obren en su poder, especificando las condiciones, protocolos y criterios funcionales o técnicos necesarios para acceder a dichos datos con las máximas garantías de seguridad, integridad y disponibilidad.
2. La disponibilidad de tales datos estará limitada estrictamente a aquellos que son requeridos a los interesados por las restantes Administraciones para la tramitación y resolución de los procedimientos y actuaciones de su competencia, de acuerdo con la normativa reguladora de los mismos.
3. La Administración General del Estado, las Administraciones Autonómicas y las Entidades Locales, adoptarán las medidas necesarias e incorporarán en sus respectivos ámbitos las tecnologías precisas para posibilitar la interconexión de sus redes con el fin de crear una red de comunicaciones que interconecte los sistemas de información de las Administraciones Públicas y permita el intercambio de información y servicios entre las mismas, así como la interconexión con las redes de las instituciones de la Unión Europea y de otros Estados Miembros”.

Esta regulación relativa a las relaciones entre Administraciones Públicas se completa con dos instrumentos centrales en la ordenación de la Administración electrónica que se contemplan ya en la LAE y que se en-

cuentran ahora en el artículo 156 de la LRJAP (2015). Nos referimos a los Esquemas Nacionales de Interoperabilidad y de Seguridad.

El artículo en cuestión señala que:

“... ”

1. El Esquema Nacional de Interoperabilidad comprende el conjunto de criterios y recomendaciones en materia de seguridad, conservación y normalización de la información, de los formatos y de las aplicaciones que deberán ser tenidos en cuenta por las Administraciones Públicas para la toma de decisiones tecnológicas que garanticen la interoperabilidad.
2. El Esquema Nacional de Seguridad tiene por objeto establecer la política de seguridad en la utilización de medios electrónicos en el ámbito de la presente Ley, y está constituido por los principios básicos y requisitos mínimos que garanticen adecuadamente la seguridad de la información tratada...”.

Desde una perspectiva organizativa, la Disposición Adicional novena de la LRSP (2015) establece la regulación de la Conferencia Sectorial de administración electrónica conforme al siguiente esquema:

“... ”

Disposición adicional novena. Comisión Sectorial de administración electrónica.

1. La Comisión Sectorial de administración electrónica, dependiente de la Conferencia Sectorial de Administración Pública, es el órgano técnico de cooperación de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales en materia de administración electrónica.
2. El Comisión Sectorial de la administración electrónica desarrollará, al menos, las siguientes funciones:
 - a) Asegurar la compatibilidad e interoperabilidad de los sistemas y aplicaciones empleados por las Administraciones Públicas.
 - b) Impulsar el desarrollo de la administración electrónica en España.
 - c) Asegurar la cooperación entre las Administraciones Públicas para proporcionar información administrativa clara, actualizada e inequívoca.
3. Cuando por razón de las materias tratadas resulte de interés, podrá invitarse a las organizaciones, corporaciones o agentes sociales que se estime conveniente en cada caso a participar en las deliberaciones de la Comisión Sectorial ...”

B) *Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*

Es el artículo 1º de la LPAC el que establece la propia finalidad y ámbito de aplicación de la Ley cuando señala que

“... ”

1. La presente Ley tiene por objeto regular los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos, el procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas, incluyendo el sancionador y el de reclamación de responsabilidad de las Administraciones Públicas, así como los principios a los que se ha de ajustar el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria...”.

En esencia se trata de una norma que apuesta decididamente por la tramitación electrónica, cumpliendo, claro está, los requisitos previstos en la LRSP, aunque se diferencia entre el derecho de los ciudadanos a la relación electrónica y la obligación electrónica de tramitación. Mientras en el primer caso los ciudadanos pueden no relacionarse por medios electrónicos²², el segundo, lo que establece es que las Administraciones adopten los medios que procedan para la tramitación electrónica aun en el caso de que el ciudadano opte por otra forma de relación. Así lo establece el artículo 12 de la LPAC cuando señala que

“... ”

3. Las Administraciones Públicas deberán garantizar que los interesados pueden relacionarse con la Administración a través de medios electrónicos, para lo que pondrán a su disposición los canales de acceso que sean necesarios así como los sistemas y aplicaciones que en cada caso se determinen.
4. Las Administraciones Públicas asistirán en el uso de medios electrónicos a los interesados no incluidos en los apartados 2 y 3 del artículo 14 que así lo soliciten, especialmente en lo referente a la identificación y firma electrónica, presentación de solicitudes a través del registro electrónico general y obtención de copias auténticas.

Asimismo, si alguno de estos interesados no dispone de los medios electrónicos necesarios, su identificación o firma electrónica en el procedimiento administrativo podrá ser válidamente realizada por un funcionario público mediante el uso del sistema de firma electrónica del que esté dotado para ello. En este caso, será necesario que el interesado que carezca de los medios electrónicos necesarios se identifique ante el funcionario y preste su consentimiento expreso para esta actuación, de lo que deberá quedar constancia para los casos de discrepancia o litigio.

5. La Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales mantendrán actualizado un registro, u otro sistema equivalente, donde constarán los funcionarios habilitados para la identificación o firma regulada en este artículo. Estos registros o sistemas deberán ser plenamente interoperables y estar interconectados con los de las restantes Administraciones Públicas, a los efectos de comprobar la validez de

²² El artículo 14 de la LPAC establece que “... Las personas físicas podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas. El medio elegido por la persona para comunicarse con las Administraciones Públicas podrá ser modificado por aquella en cualquier momento...”.

las citadas habilitaciones.

En este registro o sistema equivalente, al menos, constarán los funcionarios que presten servicios en las oficinas de asistencia en materia de registros...”.

La LPAC establece la regulación de los sistemas de firma electrónica, los sistemas de firma admitidos por las Administraciones Públicas, las reglas de uso de los medios de identificación y firma en el procedimiento, la emisión electrónica de documentos y la eficacia de las copias, la forma de los actos administrativos, la notificación por medios electrónicos, la publicación. Es decir, que realmente la LPAC lo que ha tratado es de “arrastrar” por el conjunto de trámites del procedimiento administrativo la referencia y la imposición de su celebración en forma electrónica. La prueba final se encuentra en el artículo 70 de la LPAC cuando señala que

“ ...

2. Los expedientes tendrán formato electrónico y se formarán mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, así como un índice numerado de todos los documentos que contenga cuando se remita. Asimismo, deberá constar en el expediente copia electrónica certificada de la resolución adoptada....”

y la propia que se contiene en el artículo 75 cuando señala que

“ ...

1. Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio y a través de medios electrónicos, por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos”.

IV. UN ELEMENTO CLAVE: LA PUBLICIDAD DE SISTEMAS, APLICACIONES Y PROGRAMAS COMO GARANTÍA FORMAL DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Los apartados anteriores nos sitúan en el umbral de un profundo cambio de las formas de actuación administrativa. Este cambio, fundado en el progreso tecnológico, debe ser de la intensidad que proceda, del alcance que la propia tecnología sea capaz de establecer pero, finalmente, y, desde la posición del Derecho Público debe tener una serie de garantías formales.

En este sentido y, siguiendo lo que en su momento, estableció el artículo 45 de la Ley 30/1992 y el artículo 39 de la LAE, el actual artículo 41 de la LRAP (2015) establece que “...2. En caso de actuación administrativa

automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación...”.

No siempre se ha valorado la importancia de este establecimiento pero, desde la perspectiva puramente jurídica, puede considerarse relevante porque su propia existencia produce, en el plano – por ejemplo – de la revisión jurisdiccional una inversión de las reglas de la prueba. Si existe y son conocidas las reglas de actuación de los programas y de los sistemas informáticos se presume que el acto ha sido dictado conforme a lo indicado y, por tanto, corresponde al impugnante probar lo contrario o, incluso, que el programa o la actuación no se ajustan o no reflejan la realidad jurídica en la que se sitúa.

El requisito se convierte así en un requisito puramente jurídico y formal. Desde una perspectiva tecnológica no añade nada específico que las propias técnicas de trabajo en el sector tecnológico no realice. Se trata de integrar en el ámbito procedimental e, incluso, en el marco sustantivo de las irregularidades procedimentales y de la teoría de las nulidades, las reglas de actuación tecnológicas.

Este conocimiento y publicidad admiten una impugnación autónoma con motivo de la publicación que, ciertamente, no será lo razonable pero si una impugnación indirecta con motivo de la aplicación al caso concreto. En todo caso, lo relevante es que, en todas las regulaciones efectuadas en materia de medios electrónicos, con mayor o menor alcance, se trata de un requisito esencial que ha estado presente en todas las regulaciones y que se sitúa en el plano garantista y formal de los derechos de los ciudadanos en el propio procedimiento administrativo.

(Página deixada propositadamente em branco)

O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA: DA REVOLUÇÃO À NECESSIDADE DE REGULAÇÃO

SUZANA TAVARES DA SILVA
Professora Auxiliar de Direito Público
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Investigador do Instituto Jurídico

Sumário: *I. Introdução. II. O acesso à informação, em especial o acesso a documentos. 2.1. A regulação do acesso a documentos no direito europeu. 2.2. A regulação do acesso a documentos no direito nacional. III. A disponibilização da informação – Os riscos associados à ‘comunicação’ da informação. IV. O princípio da boa administração e o princípio da transparência. V. Notas conclusivas.*

I. INTRODUÇÃO

A transparência é, em termos gerais, a qualidade dos bens que se deixam atravessar pela luz e permitem a visualização do respectivo interior, ou seja, bens que um observador vê facilmente o que está dentro deles e para lá deles, ou ainda, em sentido mais figurado, algo que é evidente e claro à percepção humana.

E foi precisamente este significado corrente, aplicado às instituições públicas e privadas, que se haveria de converter, no início do Séc. XXI,

em uma das expressões mais influentes da política internacional contemporânea, surgindo aqui intimamente associado às noções de legitimidade e *accountability* (prestação de contas). Primeiramente introduzida no discurso político – para alguns esta ‘inovação’ no discurso político não é assim tão recente e deve ser atribuída a Jeremy Bentham¹ –, a transparência acabaria depois por se institucionalizar enquanto valor promovido por diversas instituições públicas, governamentais², não-governamentais³ e privadas, no contexto nacional⁴ e internacional⁵.

Contudo, vale a pena sublinhar desde já que, tal como sucede com todos os valores, a transparência não é nem pode ser um valor absoluto, e

¹ Neste sentido Christopher HOOD, «Transparency in historical perspective», Hood / Heald (ed.), *Transparency: The Key to Better Governance?*, British Academy Scholarship, versão online de 2012 (DOI:10.5871/bacad/9780197263839.003.0001).

² Embora se trate de uma iniciativa com múltiplos *stakeholders*, o embrião da ‘*Open Government Partnership – OGP*’, lançada em 2011, deve-se aos Governos de diversos países, como a Holanda, a França, a Dinamarca, o Peru ou a Argentina, e conta hoje com 65 participantes (Portugal não faz parte), incluindo os EUA, o Brasil e a África do Sul. Trata-se de uma plataforma internacional que presta auxílio aos países que pretendem elaborar reformas no sentido de construir estruturas mais transparentes, responsáveis e responsivas perante as respectivas comunidades políticas.

³ Os G8 subscreveram, em Junho de 2013, a denominada ‘*Lough Erne Declaration*’, segundo a qual o ‘compromisso para o crescimento’ envolve a participação essencial das empresas privadas, mas esse compromisso só poderá ser bem-sucedido se os Governos dos diversos países aprovarem normas que imponham, a par da redução da tributação sobre os rendimentos das empresas e da liberalização do comércio externo, obrigações de transparência. Entre essas obrigações contam-se regras em matéria de troca de informações fiscais, obrigações contabilísticas que combatam os preços de transferência, regras sobre o modo de exploração de recursos naturais, em especial em países em vias de desenvolvimento, incluindo medidas de protecção às comunidades locais em matéria ambiental e de garantias laborais e ainda obrigações de prestação de contas às comunidades nacionais sobre as receitas provenientes deste tipo de actividades.

⁴ Veja-se, entre nós, o papel da TIAC – Transparência e Integridade, Associação Cívica, que anuncia como principais objectivos o combate à corrupção, mas que é muitas vezes responsável por desencadear situações de alarme social, que após investigação pelas instituições do Estado de Direito se verifica serem infundadas.

⁵ São diversos os exemplos a reportar neste domínio, desde as iniciativas do Banco Mundial em matéria de promoção da transparência em matéria de lucros ressaltantes das actividades extractivas - *Extractive Industries Transparency Initiative (EITI) Multi-Donor Trust Fund (MDTF)* – do FMI em matéria tributária e financeira - *IMF’s Fiscal Transparency Code* – e de ONG como a *Transparency International*, constituída em 1993, que actualmente está presente em 100 países – incluindo Portugal através da já mencionada TIAC – e que tem como principal missão a luta contra a corrupção.

No plano europeu, o destaque vai para o ‘Registo de Transparência’, uma iniciativa de registar os *lobbies* actuaes junto da Comissão Europeia, que neste momento conta já com mais de 8.000 entidades.

é importante compreender a forma como o mesmo deve ser sopesado com outros valores, em especial com o da confidencialidade – este último um valor essencial em áreas como as relações internacionais e diplomáticas, a investigação científica ou mesmo a economia. Por essa razão, nem todas as iniciativas para a promoção da transparência se podem reconduzir a resultados positivos ou ao cumprimento dos objectivos e das metas desejadas⁶.

Buijze, na sua dissertação sobre o princípio da transparência no direito europeu⁷, identifica três conceitos principais que no âmbito de uma relação “agente-principal” ajudam a compreender a funcionalidade do princípio da transparência – o *cidadão*, que beneficia com o regular funcionamento da democracia; o *homo dignus*, que pode valer-se da efectivação dos direitos fundamentais (tanto direitos de liberdade como direitos sociais); e o *homo economicus*, que tira vantagem do bom funcionamento do mercado, seja como agente económico, seja como consumidor. Para a autora, não faz sentido limitar a transparência a uma única acepção, pelo que ela tenta, na sua tese, estabelecer um denominador comum para este princípio especialmente difuso, que permita integrar na violação do mesmo tipo e género a recusa de acesso a um documento ou a modificação de um contrato após a respectiva adjudicação em procedimento concursal. Na verdade, não nos parece que o trabalho seja assim tão inovador quando comparado com a tese apresentada por Bröhmer, quase 10 anos antes⁸, onde o autor havia já identificado estas dimensões da transparência enquanto princípio fundamental, associando ainda o estudo das virtudes deste princípio nos âmbitos do controlo judicial e da cidadania financeira.

Ora, é na esteira dos referidos trabalhos que nos propomos tratar neste texto apenas três acepções ou dimensões concretizadoras do *princípio da transparência* que considerámos mais relevantes: *i) o acesso à informação*, que analisaremos de forma mais desenvolvida por corresponder a um dos subtópicos mais pertinentes e que embora não seja uma ‘novidade’, na medida em que há muito se fala e estuda a ‘Administração aberta’, merece uma revisão do ‘estado da arte’, onde incluiremos, também, o acesso à informação ambiental; *ii) a disponibilização da informação*, que pressupõe novas

⁶ Incluímos neste domínio a *Wikileaks transparency* e o caso da divulgação de informações por Edward Snowden.

⁷ Cf. Anoeska BUIJZE, *The Principle of Transparency in EU Law*, Utrecht University, 2013 (texto disponível em <http://dspace.library.uu.nl/handle/1874/269787>); e IDEM, «The Six Faces of Transparency», *Utrecht Law Review*, Vol. 9, Issue 3, 2013, pp. 3-25 (artigo-resumo da tese de doutoramento).

⁸ Jürgen BRÖHMER, *Transparenz als Verfassungsprinzip*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004.

dimensões, pois não se trata apenas de disponibilizar ou tornar acessível a informação, mas sim de assegurar que essa informação chega aos destinatários de forma que possa ser compreendida por estes⁹, uma dimensão que nos merece sérias reservas; iii) o *desenvolvimento de uma cidadania activa* baseada em esquemas de co-decisão política, típicos da *governance* e da *boa administração*, onde vem ganhando especial importância a *cidadania financeira* e as críticas que estas novas orientações nos merecem.

II. O ACESSO À INFORMAÇÃO, EM ESPECIAL O ACESSO A DOCUMENTOS

O *acesso à informação* não é, como dissemos, um tema novo, pois ele reconduz-se à clássica problemática do acesso a documentos administrativos tendo em vista a garantia dos direitos dos administrados, quer no que respeita ao seu direito à informação em relação às decisões que os afectam ou que contendem com os seus direitos e interesses legítimos – incluindo o *direito à participação procedimental informada*¹⁰ – quer no seu direito à autodeterminação informativa no intuito de um aprofundamento da democracia participativa – no fundo, este é um campo onde entre nós se cruzam dimensões de direito constitucional e de direito administrativo.

Uma das novidades nesta matéria surge com a expansão da informática, a possibilidade de armazenar dados e o acesso generalizado à Internet e com o ‘aproveitamento’ que daqui resulta em matéria de aprofundamento da *cidadania administrativa* no contexto das novas tendências da Administração electrónica¹¹. A partir desta transformação, *altera-se o paradigma do*

⁹ Buijze refere-se a esta dimensão como uma tarefa dos Governos no sentido de tornarem o mundo compreensível para os cidadãos - Anoeska BUIJZE, *The Principle of Transparency in EU Law*, *ob. cit.*, pp. 62.

¹⁰ Sobre a dimensão jurídica do acesso à informação procedimental administrativa v. Raquel CARVALHO, *O direito à informação administrativa procedimental*, Publicações Universidade Católica, Porto, 1999.

¹¹ É a partir deste momento que se inicia o debate na doutrina para um aprofundamento dogmático das categorias relativas ao direito à informação administrativa. Neste contexto, Vesting propõe uma distinção entre os conceitos de “*dados*” (símbolos e ‘caracteres’ organizados segundo um código próprio e desprovidos de interpretação, que podem ser armazenados e transmitidos como suporte de informação), “*informação*” (significados novos que os destinatários recebem e que lhes permitem suportar raciocínios e decisões), “*conhecimento*” (é um estado que se alcança e que resulta maioritariamente de um significado relacional) e “*comunicação*” (acto que envolve a transmissão de informação em rede e que desencadeia um processo dinâmico – uma ‘rede de comunicações’ – de contínuas mutações) no âmbito dos desenvolvimentos do ‘novo direito administrativo’, para daqui retirar a emergência de um novo paradigma, o de ‘Sociedade de Informação e do Conheci-

relacionamento entre o cidadão e a Administração, surgem ‘novos direitos e deveres’ e retoma-se a discussão sobre as virtudes e as cautelas que estas novas formas de relacionamento proporcionam. Vejamos, em primeiro lugar, o que muda na regulação do *direito de acesso à informação* para depois analisarmos em que medida estas alterações contribuem para o novo paradigma do direito administrativo e da actividade de *administrare*.

O *acesso a documentos administrativos* é um direito reconhecido não só no plano nacional – onde a ‘*Administração aberta*’ tem consagração no nível constitucional (art. 268.º/2 da CRP) e legal (artigos 17.º e 85.º do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro, e Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto) –, mas também no plano europeu – onde esta dimensão aparece expressamente reconhecida no artigo 15.º/3 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e, de forma mais desenvolvida, no Regulamento (CE) n.º 1049/2001, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão.

2.1. A regulação do acesso a documentos no direito europeu

A União Europeia regula o direito de acesso do público a documentos das instituições europeias, adoptando uma *noção alargada de documento* para garantir a maior amplitude possível a este direito, sem prejuízo da respectiva subordinação a certas *condições de exercício* e a certos *limites* que visem acautelar interesses públicos ou privados que a União se compromete a respeitar.

No âmbito deste regime jurídico, previsto e disciplinado pelo Regulamento (CE) n.º 1049/2001, merece destaque, em nosso entender:

- i) a previsão de um conjunto de *excepções*, ou seja, de critérios que permitem fundamentar a recusa do acesso aos documentos (por um período justificado, que pode ir, em regra, até 30 anos) sempre que daí possa advir prejuízo para a protecção do interesse público em matéria de segurança pública, defesa, questões mi-

mento’ em contraposição à ‘Sociedade Industrial’ que inspirou o modelo de administração sobre o qual trabalhou Forsthoff – Thomas VESTING, «Die Bedeutung von Information und Kommunikation für die verwaltungsrechtliche Systembildung», in Hoffmann-Riem / Schmidt-Assmann / Vosskuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, C.H. Beck, München, 2008, pp. 1-35. V., entre nós, Vital MOREIRA, «Nova gestão pública” e Direito Administrativo», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 142, n.º 3978, 2013, pp. 173-195.

litares, relações internacionais e política financeira, monetária ou económica da Comunidade ou de um Estado-membro, para a protecção da vida privada e da integridade do indivíduo (em articulação com a legislação comunitária relativa à protecção dos dados pessoais¹²), para os interesses comerciais das pessoas singulares ou colectivas, incluindo a propriedade horizontal, processos judiciais e consultas jurídicas ou actividades de inspecção, inquérito e auditoria, a não ser que um interesse público superior imponha a divulgação;

- ii) a consagração de um regime especial para os *documentos sensíveis*, *i. e.* os documentos emanados das instituições ou das agências por elas criadas, dos Estados-membros, de Estados terceiros ou de organizações internacionais, classificados como «Top Secret», «Secret» ou «Confidentiel», segundo as regras que se destinam a proteger os interesses públicos em matéria de segurança públi-

¹² Não iremos desenvolver aqui, por razões de economia discursiva, o tema da *protecção de dados*, apesar de este ser, sem dúvida, um dos primeiros limites ao próprio direito de acesso a documentos. A protecção de dados tem uma ampla regulamentação no espaço europeu – é um direito garantido pelos artigos 16.º do TFUE e 39.º do TUE e que tem depois desenvolvimento nos seguintes diplomas e propostas de novos diplomas: *i*) Directiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados; *ii*) Regulamento (CE) n.º 45/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2000, relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados; *iii*) Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas), alterada pela Directiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, e pela Directiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009, que altera a Directiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas, a Directiva 2002/58/CE relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor; *iv*) Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção e repressão de infracções penais ou de execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados – COM(2012)10; *v*) Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (regulamento geral sobre a protecção de dados) – COM(2012)11.

ca, defesa, questões militares, relações internacionais e política financeira, monetária ou económica;

- iii) a consagração de *medidas procedimentais* céleres, simples e eficazes para assegurar a efectividade do direito (formulação do pedido por via electrónica, decisão no prazo de 15 dias, consulta assegurada no prazo de 15 dias); e a *promoção de boas práticas* pelas instituições, que assim são encorajadas a trocar experiências e a desenvolver mecanismos e instrumentos inovadores nesta matéria.

Para além da referência ao quadro legal aparentemente simples e garantidor da eficácia do direito de acesso a documentos na UE, vale a pena analisar algumas decisões do Tribunal de Justiça para verificar a forma como este regime jurídico tem sido aplicado na prática, em especial, nos casos de *recusa de acesso* a documentos.

Em matéria de *recusa de acesso a documentos* com fundamento em ‘*prejuízo grave para o processo decisório*’ – motivo expressamente previsto no artigo 4.º/3 do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 – as normas prevêem a possibilidade de recusa do acesso sempre que a decisão ainda não tenha sido tomada e a divulgação possa afectar gravemente o procedimento decisório ou, no caso de pareceres para uso interno, a possibilidade de recusa mesmo após a tomada de decisão, excepto se um interesse público superior impuser a divulgação.

Ora, a propósito da aplicação desta excepção, o TJUE tem firmado os seguintes entendimentos:

- i) no âmbito da actividade administrativa da Comissão o direito de acesso aos documentos pode não ser tão alargado como na actividade legislativa de uma instituição da União¹³, emergindo aqui uma distinção entre a dimensão político-democrática e a dimensão administrativo-executiva, onde a proximidade em relação aos circunstancialismos, do caso concreto justifica maiores cautelas e reservas em matéria de divulgação da informação;
- ii) a limitação do acesso há-de ser devidamente fundamentada nas excepções previstas no Regulamento, bem como o respectivo âmbito pessoal, temporal e material¹⁴;

¹³ Cf. *caso Comissão/Technische Glaswerke Ilmenau* (Proc. C-139/07P, §60).

¹⁴ No caso *Suécia e o./API e Comissão* (Proc. C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P) pode ler-se que “quando a Comissão decide recusar o acesso a um documento cuja divulgação lhe foi solicitada, incumbe-lhe, em princípio, fornecer explicações quanto à questão de saber em que medida o acesso a esse documento poderia prejudicar, concreta

- iii) as razões que podem justificar a recusa de acesso a um documento antes de emitida a decisão não são necessariamente válidas uma vez emitida a decisão, cabendo à Comissão fundamentar as razões para a referida extensão da recusa ao momento posterior¹⁵;
- iv) as razões para a recusa devem ser reais e não meramente hipotéticas¹⁶;
- v) a recusa de acesso não pode fundamentar-se na protecção da ‘margem de manobra’ das delegações dos Estados nos procedimentos negociais¹⁷.

e efectivamente, o interesse protegido por uma excepção prevista no artigo 4.º do Regulamento n.º 1049/2001, que essa instituição invoca” (§72).

¹⁵ Cf. *caso Suécia/MyTravel e Comissão* (Proc. C-506/08, §§76, 77). Este acórdão é especialmente relevante na medida em que nele são abordadas diversas questões relativas à aplicação do Regulamento. O litígio teve início com a anulação pelo Tribunal de Primeira Instância da Decisão 2000/276/CE da Comissão, de 22 de Setembro de 1999, que declarara a incompatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum e o Acordo EEE. Nessa sequência, a Comissão decidiu constituir um grupo de trabalho que juntou funcionários da Direcção-Geral (DG) «Concorrência» e do Serviço Jurídico desta instituição, com o intuito de analisar a oportunidade da interposição de um recurso do referido acórdão e apreciar as repercussões que este poderia ter nos procedimentos aplicáveis ao controlo de concentrações a outros domínios. A MyTravel solicitou acesso ao relatório, aos documentos relativos à sua preparação e aos documentos constantes do *dossier* da operação de concentração, consulta que foi recusada pela Comissão com o fundamento de se tratar de um ‘parecer interno’ cuja divulgação afectaria um processo judicial. O Tribunal de Primeira Instância, no âmbito do recurso de anulação das decisões interposto pela MyTravel, deu maioritariamente razão à Comissão. É neste seguimento que a Suécia decide interpor recurso daquela decisão judicial, questionando a aplicação que a mesma fizera do Regulamento (CE) n.º 1049/2001, ao caso concreto, tendo o TJUE concluído que a Comissão teria que ter fundamentado as razões pelas quais considerava que os documentos em causa perturbavam o processo judicial e punham em causa o procedimento decisório, após a tomada da respectiva decisão.

¹⁶ Cf. *caso Turco/Conselho* (Proc. C-39/05 P e C-52/05 P, §43).

¹⁷ A questão reporta-se ao *caso Conselho/Access Info Europe* (Proc. C-280/11 P), em que o Conselho da União Europeia pediu a anulação do acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 22 de Março de 2011, *Access Info Europe/Conselho* (T-233/09), através do qual havia sido anulada a decisão do Conselho de 26 de Fevereiro de 2009, que recusara à Access Info Europe o acesso a determinadas informações contidas na nota de 26 de Novembro de 2008 enviada pelo Secretariado-Geral do Conselho ao grupo de trabalho Informação, sobre a proposta de um novo regulamento relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão. As informações controvertidas, relativamente às quais o Conselho negara o acesso, referiam-se à identidade dos Estados-Membros que haviam subscrito as propostas, e a referida recusa fundamentava-se na excepção do artigo 4.º/3, do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 (‘prejuízo grave para o processo decisório’ e inexistência de um interesse público superior que fundamentasse a divulgação). Segundo o Conselho, a divulgação

Com efeito, o TJUE é bastante exigente em matéria de *fundamentação da recusa do acesso*, não considerando suficiente a mera remissão para as excepções expressamente previstas no artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 1049/2001. Assim,

- i) para justificar a recusa de acesso a um documento, não basta, por exemplo, que esse documento seja relativo a um procedimento de inquérito (artigo 4.º/2 3.º travessão do Regulamento), sendo necessário que a Comissão forneça explicações sobre o modo como o acesso ao referido documento pode prejudicar concreta e efectivamente o interesse protegido pela excepção¹⁸;
- ii) mas já é admissível a referência a presunções gerais aplicáveis a certas categorias de documentos, uma vez que “considerações de ordem geral semelhantes podem aplicar-se a pedidos de divulgação respeitantes a documentos da mesma natureza”¹⁹, ou seja, sempre que o pedido de acesso em causa visar não um único documento, mas sim um conjunto de documentos pertencentes à instrução de um procedimento administrativo ou judicial, como sucede relativamente:
 - a. aos processos de controlo dos auxílios de Estado, onde as referidas presunções gerais podem resultar do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de Março de 1999, que regula especificamente a matéria dos auxílios de Estado e que contém as disposições respeitantes ao acesso a infor-

das identidades dos Estados-Membros em causa teria reduzido a margem de manobra das delegações durante as negociações que caracterizam o processo legislativo no Conselho e teria, assim, comprometido a sua capacidade de chegar a um acordo. A Access tinha obtido vencimento no Tribunal Geral (T233/09), considerando aquele que o direito de acesso aos documentos das instituições está associado ao carácter democrático das mesmas e que as restrições previstas no Regulamento devem ser interpretadas de forma restrita. Em recurso para o Tribunal de Justiça, o Conselho ainda alegou que o Tribunal Geral não fizera uma correcta ponderação entre os riscos que a divulgação da informação tinha para o processo decisório e o princípio da transparência, mas o Tribunal de Justiça não deu razão ao Conselho, considerando que a identidade das partes era um elemento da informação pretendida, que esta devia satisfazer ao máximo os ditames da transparência (que no procedimento legislativo são peça-chave do carácter democrático das Instituições) e que o Conselho não demonstrara a existência de um perigo concreto resultante da revelação da informação.

¹⁸ Cf. *caso Comissão/Technische Glaswerke Ilmenau* (Proc. C-139/07 P, §53).

¹⁹ Cf. *caso Turco/Conselho* (Proc. C-39/05 P e C-52/05 P, §50) e *caso Comissão/Éditions Odile Jacob* (Proc. C-404/10 P, §116).

mações e a documentos obtidos no quadro do processo de inquérito e de controlo de um auxílio²⁰;

- b. aos documentos trocados entre a Comissão e as partes notificantes ou terceiros no quadro de um procedimento de controlo das operações de concentração entre empresas²¹;
- c. aos articulados apresentados por uma instituição no âmbito de um processo judicial²²; e
- d. aos documentos referentes a um processo por incumprimento durante a fase pré-contenciosa²³.

Já no que respeita à *recusa de acesso a documentos de terceiros*, mais concretamente dos Estados-membros, o TJUE tem considerado que a Instituição Europeia que recusa o acesso é responsável pela ‘legalidade’ desta decisão, pelo que não pode simplesmente satisfazer a pretensão manifestada por um Estado-Membro de recusar a divulgação de um documento que provenha dele se essa oposição não estiver devidamente fundamentada ou se os fundamentos aduzidos não forem articulados com as excepções enumeradas no artigo 4.º do Regulamento n.º 1049/2001²⁴. De resto, a recomendação é no sentido de que exista um ‘diálogo’ entre a Instituição Europeia e o Estado-membros para fundamentar a decisão de facultar ou não o acesso ao documento solicitado pelo requerente²⁵.

Por último, outro caso controvertido prende-se com a recusa do acesso a

²⁰ Cf. *caso Comissão/Technische Glaswerke Ilmenau* (Proc. C-139/07 P, §55-57) e *caso Comissão/Agrofert Holding* (Proc. C-477/10 P, §58).

²¹ Cf. *caso Comissão/Éditions Odile Jacob* (Proc. C-404/10 P, §123) e *caso Comissão/Agrofert Holding* (Proc. C-477/10 P, §64).

²² Cf. *caso Suécia e o./API e Comissão* (Proc. C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, §94).

²³ Cf. *caso Liga para a Protecção da Natureza e Finlândia/Comissão* (Proc. C-514/11 P, §44-49). Neste caso a Liga para a Protecção da Natureza pediu o acesso, ainda na fase pré-contenciosa, a um conjunto de documentos que constavam do *dossier* relativo ao processo por incumprimento iniciado contra a República Portuguesa, relativo ao projecto de construção da barragem do Sabor.

²⁴ Segundo o Tribunal, a Instituição Europeia deve verificar se o Estado-membro que se opõe ao acesso ao documento baseou a sua oposição nas excepções materiais previstas no artigo 4.º, n.ºs 1 a 3, do Regulamento(CE) n.º 1049/2001, bem como se fundamentou devidamente a sua posição a esse respeito, e a Comissão deve assegurar-se da existência dessa fundamentação e mencioná-la na decisão que toma no final do procedimento. Todavia, ao TJUE não compete avaliar o mérito da decisão de oposição expressa pelo Estado-membro, mas apenas verificar a existência de uma fundamentação que faça referência às excepções previstas no mencionado Regulamento – Cf. *caso IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds/Comissão* (Proc. C-135/11 P, §61-62).

²⁵ Cf. *caso Suécia /Comissão* (Proc. C-64/05 P, §88).

documentos que continham informação em matéria de cooperação internacional e segurança pública, cuja divulgação poderia até pôr em risco a integridade física dos observadores da UE, tendo o TJUE (re)afirmado que a natureza casuística da apreciação é suficiente para acautelar os valores e interesses em conflitos²⁶.

2.2. A regulação do acesso a documentos no direito nacional

Para além dos enquadramentos jurídico-constitucional e jurídico-legal, já referidos, o direito de acesso aos documentos administrativos no plano nacional constitui uma garantia fundamental dos administrados (artigo 268.º/1 da CRP), que tem tutela administrativa (artigos 82.º a 85.º do CPA), jurisdicional (através de uma entidade administrativa independente, que funciona junto da Assembleia da República – referimo-nos à Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos-CADA)²⁷ e judicial.

Na verdade, a garantia administrativa jurisdicional do acesso a documentos administrativos assegurada pela CADA merece um destaque especial nesta nossa análise. A Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto, que regula o acesso aos documentos administrativos, estipula um *princípio geral de livre acesso* aos documentos (artigo 5.º) e, à semelhança do regime europeu, prevê um conjunto de *causas legítimas de restrição* do referido direito de acesso (artigo 6.º).

Assim, o acesso a documentos administrativos pode ser negado em relação a: *i*) documentos que contenham informações cujo conhecimento

²⁶ A questão colocou-se no caso *Jurašinović/Conselho* (Proc. 576/12), em que o cidadão Jurašinović, de nacionalidade francesa, baseando-se na sua qualidade de cidadão da União, solicitou ao Conselho o acesso a 205 relatórios e a outros documentos elaborados no âmbito de uma missão de vigilância da Comunidade Europeia na Croácia levada a cabo durante os conflitos na ex-Jugoslávia, tendo o Conselho apenas concedido um acesso parcial a oito relatórios, fundamentando a recusa em relação aos restantes, em parte, no disposto no artigo 4.º/1a (perigo para as relações internacionais, segurança pública e integridade física dos observadores) do Regulamento (CE) n.º 1049/2001. No litígio discutiu-se ainda o facto de o Conselho ter enviado os documentos em causa para o TPI para a ex-Jugoslávia, no âmbito do processo Gotovina e co-acusados, ao abrigo do princípio da cooperação internacional com um tribunal internacional. O TJUE deu razão ao Conselho, esclarecendo na decisão que para considerar que a recusa é legítima o Tribunal Geral não precisa que os documentos lhe sejam apresentados, que a recusa não exige que os documentos sejam formalmente qualificados como sensíveis para efeitos do disposto no artigo 9.º do Regulamento e que a circunstância de terem sido disponibilizados para o processo do TPI não significava que o tivessem sido ao abrigo do regime regulado pelo Regulamento (CE) n.º 1049/2001, pelo que não fazia sentido falar aqui em discriminação ou desigualdade de tratamento.

²⁷ O Regulamento Orgânico da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA) foi aprovado pela Lei n.º 10/2012, de 29 de Fevereiro.

seja avaliado como podendo pôr em risco ou causar dano à segurança interna e externa do Estado (artigo 6.º/1)²⁸; *ii*) matérias integradas no âmbito do segredo de Estado (artigo 6.º/2)²⁹ e do segredo de justiça³⁰; *iii*) inquéritos e sindicâncias até ao decurso do prazo para eventual procedimento disciplinar (artigo 6.º/3); *iv*) documentos preparatórios de uma decisão ou constantes de processos não concluídos até que a mesma seja tomada (artigo 6.º/4)³¹; *v*) documentos nominativos, *i. e.* documento administrativo que contenha, acerca de pessoa singular, identificada ou identificável, apreciação ou juízo de valor, ou informação abrangida pela reserva da intimidade da vida privada (*ex.* informações sobre saúde, vida sexual, convicções filosóficas, políticas, religiosas ou sindicais), salvo se o requerente estiver munido de autorização escrita da pessoa a quem os dados digam respeito ou demonstrar interesse directo, pessoal e legítimo suficientemente relevante segundo o princípio da proporcionalidade (artigo 6.º/5)³²; *vi*) documentos administrativos que contenham segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna de uma empresa, salvo se o requerente estiver munido de autorização escrita desta ou demonstrar interesse directo, pessoal e legítimo suficientemente relevante segundo o princípio da proporcionalidade (artigo 6.º/6).

E tal como fizemos em relação ao direito europeu, parece-nos importante analisar a forma como a CADA tem interpretado o âmbito das excepções ao direito de acesso aos documentos.

No que respeita ao *acesso a documentos que contenham 'segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna de uma empresa'* o requerente tem de fazer prova da preponderância do interesse legítimo em aceder à informação contemplada nos documentos (uma ponderação que é realizada segundo a metódica do princípio da proporcionalidade) e a entidade administrativa tem de justificar a recusa, limitando-a ao estritamente necessário para a salvaguarda do segredo protegido (a divulgação parcial da informação é, em

²⁸ Estes documentos ficam sujeitos a interdição de acesso ou a acesso sob autorização, durante o tempo estritamente necessário, através da classificação nos termos de legislação específica.

²⁹ Matéria actualmente disciplinada pela Lei orgânica n.º 2/2014, de 6 de Agosto.

³⁰ Matéria regulada no artigo 86.º do Código de Processo Penal, preceito cuja última redacção actualizada é a que resulta da Lei n.º 26/2010, de 30 de Agosto.

³¹ A lei prevê expressamente que neste caso o acesso possa ser diferido até à tomada de decisão, ao arquivamento do processo ou ao decurso de um ano após a sua elaboração.

³² Vale a pena lembrar que a protecção dos dados pessoais é igualmente um valor protegido no plano constitucional – artigo 26.º da CRP, direito à reserva da intimidade da vida privada – e legal – artigo 18.º do Código do Procedimento Administrativo, princípio da protecção dos dados pessoais.

regra, uma medida importante para assegurar a concordância prática entre os valores conflitantes).

Alguns dos casos analisados pela CADA reportam-se a matérias de contratação pública, casos em que aquela entidade entende existir um especial dever de transparência, como afirmou nas seguintes decisões: *i*) pedido de acesso a documentos do ICP-ANACOM por parte de uma investigadora que pretendia dados referentes às empresas de telecomunicações para a preparação de um estudo de doutoramento (Parecer 44/2002); *ii*) obrigação de o Instituto do Cinema e do Audiovisual (ICA) facultar dados sobre concursos (“envolvendo quer elementos apresentados por outros candidatos quer produzidos pelos peritos e jurados que intervêm na avaliação”) e contratos celebrados entre o ICA e as personalidades ou entidades beneficiárias (Parecer 186/2008); *iii*) pedido de um jornalista ao Secretário Regional do Plano e Finanças de cópia do contrato de concessão celebrado em 1987 pela Região Autónoma da Madeira com a Sociedade de Desenvolvimento da Madeira (SDM) e de eventuais alterações posteriores (Parecer 421/2014); *iv*) solicitação à Câmara Municipal de Alcanena da “cópia simples do acordo (...) firmado entre a Câmara Municipal e a Austrá, que alterara os termos do contrato de concessão” (Parecer 121/2015).

Já em matéria de *acesso a documentos nominativos* registamos também algumas notas curiosas: *i*) em regra exclui-se o acesso a documentos que contenham informação referente à reserva da intimidade da vida privada (*ex.* saúde, vida sexual, convicções políticas, religiosas ou sindicais); *ii*) mas admite-se o acesso a dados sobre a saúde das pessoas falecidas por parte dos familiares quando estes pretendam intentar acções judiciais (Parecer 122/2015), sendo mais controvertida a divulgação dessa informação às empresas de seguros para efeitos de atribuição ou não de um seguro de vida (parecer 121/2015); *iii*) em regra admite-se também a divulgação de documentos que apenas contenham dados de identificação (*ex.* número do cartão do cidadão, número de identificação fiscal e também o CV) (Parecer 116/2014); *iv*) assim como a regra é igualmente de admitir a divulgação de documentos com ‘dados funcionais’, como a avaliação do desempenho do funcionário, o registo de faltas ao trabalho, a folha de remunerações (incluindo suplementos remuneratórios), sempre que esteja em causa o pagamento com dinheiros públicos (Pareceres 92/2006, 258/2007, 405/2010 e 124/2015).

Por último, em matéria de *garantia judicial* do acesso à informação e documentos administrativos, a lei é também bastante efectiva em matéria de garantia do acesso (da “transparência”). Desde logo com a consagração no Código do Processo nos Tribunais Administrativos de um meio pro-

cessual principal e urgente – a intimação para a prestação de informações, consulta de documentos e passagem de certidões (artigos 104.º a 108.º do CPTA) – nos termos do qual o tribunal pode intimar a entidade administrativa competente a cumprir o direito de acesso aos documentos ou registos solicitados num prazo máximo de 10 dias³³.

No que respeita à jurisprudência sobre este tema, destacamos a circunstância de valerem neste domínio, como é óbvio, os limites materiais impostos ao direito de acesso aos documentos, previstos no já mencionado artigo 6.º da Lei n.º 46/2007, ou seja, este meio processual não poder ser utilizado para obter uma informação administrativa ou o acesso a um documento administrativo nos casos em que a lei prevê que esse direito de acesso seja restringido³⁴. Por outro lado, a via judicial pode ser utilizada sem necessidade de recurso prévio para a entidade administrativa independente³⁵. Por último, embora o direito europeu imponha especiais exigências em matéria de transparência no domínio da contratação pública³⁶, o STA parece sufragar uma interpretação mais restritiva daquele princípio, em particular quando delimita o âmbito subjectivo de aplicação do regime jurídico de acesso a documentos administrativos³⁷.

Em suma, verificamos que boa parte dos pedidos referentes ao acesso a documento e a informação administrativa não tem como objectivo esclarecer o administrado lesado ou potencialmente lesado por previsíveis

³³ A doutrina é crítica relativamente ao ‘alcance’ deste meio processual – *v.*, por todos, VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, 13.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, pp. 241.

³⁴ Cf. acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 25 de Março de 2015 (Proc. 179/2015). Solução que foi, de resto, reiterada na recente modificação legislativa da Lei n.º 46/2007 e do CPTA, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro.

³⁵ Cf. acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 8 de Janeiro de 2015 (Proc. 1324/2014).

³⁶ Cf. caso Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia V. Administración General del Estado (Correos) (Proc. C-220/06, §75-77).

³⁷ Cf. acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 30 de Maio de 2012 (Proc. 263/2012), onde aquele tribunal considerou que: “(...)

II - As «empresas públicas» tidas pelo art. 4º, n.º 1, al. d), da LADA como possuidoras de «documentos administrativos» são somente aquelas que primariamente emanam do Estado, das regiões ou das autarquias. III - As empresas públicas criadas por outras só são, para efeitos da LADA, entidades detentoras de documentos administrativos se couberem na hipótese prevista no n.º 2 do art. 4º desse diploma. IV - Assim, um ACE criado por empresas públicas e que não prossegue a satisfação de necessidades de interesse geral não tem, nos termos da LADA, de facultar a uma sociedade que consultara – aliás, no âmbito de um procedimento pré-contratual que correu sob regime privado – a documentação explicativa de haver contratado com outrem.”

decisões administrativas, mas sim uma estratégia de gestão de informação (e de expectativas) maioritariamente em áreas de relevante interesse económico. No direito europeu as decisões reportam-se, sobretudo, aos temas dos auxílios de Estado, concorrência e acções de incumprimento, em que os agentes económicos buscam a vigilância relativamente ao respeito pelo princípio da igualdade, bem como o acesso a informação dos concorrentes.

Uma última nota para dar conta de que também no *regime especial de acesso à informação ambiental*³⁸ não encontramos novidades assinaláveis que nos permitam concluir que este direito de acesso à informação transmutou a cidadania administrativa como se de um “impulso reformador” se tratasse. Talvez porque para nós esta transmutação deva corresponder a uma modificação expressiva do comportamento geral e não apenas a fenómenos de organização e actuação de *lobbies*, como é de resto característico no domínio ambiental³⁹. De resto, neste domínio, como em geral, nem sempre é fácil para o tribunal julgar os litígios referentes ao âmbito do acesso à informação, pois apesar de a maior parte da doutrina alegar que a maximização da transparência é um bem a prosseguir *a se*, a verdade é que nos procedimentos existem diversos momentos cuja revelação, mesmo depois de tomadas as decisões, pode não ser necessariamente benéfica para a boa execução das políticas, sem que a manutenção da confidencialidade se possa considerar, em si, uma ameaça à boa governação ou mesmo ao aprofundamento da de-

³⁸ Recorde-se que o *direito de acesso à informação ambiental* ganha consagração especial expressa na Convenção de Aarhus – Convenção da Comissão Económica para a Europa das Nações Unidas (CEE/ONU) sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente, adoptada em 25 de Junho de 1998 e que entrou em vigor em 30 de Outubro de 2001, após a ratificação por 16 países membros da CEE/ONU e pela União Europeia, conforme o previsto no respectivo artigo 20.º. Para facilitar a respectiva interpretação e aplicação, a ONU publicou, em 2000, o Guia de implementação da Convenção, disponível em <http://www.unece.org/env/pp/acig.pdf>.

Esta matéria seria posteriormente regulada, no nível europeu, pela Directiva 2003/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro de 2003, relativa ao acesso do público às informações sobre ambiente, que revoga a Directiva 90/313/CEE do Conselho, e, no plano nacional, pela Lei n.º 19/2006, de 12 de Junho.

³⁹ Em sentido contrário, enaltecendo as potencialidades deste instrumento normativo no contexto da participação ambiental e das modificações operadas no contexto dos procedimentos administrativos *v.* Jens-Peter SCHNEIDER, «Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren», in Hoffmann-Riem / Schmidt-Assmann / Vosskuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, C.H. Beck, München, 2008, pp. 574-578.

Entre nós, a jurisprudência nacional não tem sido chamada a pronunciar-se sobre o âmbito de aplicação destas normas, podendo sublinhar-se apenas o acórdão do STA, de 7 de Janeiro de 2009 (Proc. 848/08), no qual se esclareceu que entre o leque de ‘obrigados a prestar informações’ se incluem também os concessionários.

mocracia. Um juízo de previsibilidade sobre o uso da informação também pode ser um elemento importante para a correcta aplicação do direito⁴⁰.

III. A DISPONIBILIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO – OS RISCOS ASSOCIADOS À ‘COMUNICAÇÃO’ DA INFORMAÇÃO

A disponibilização da informação constitui para muitos, como temos vindo a sublinhar, um instrumento de aprofundamento da democracia, uma vez que ‘facilita o debate público’ das questões, o qual passa a desenvolver-se entre actores mais informados. Mas será mesmo assim?

Na verdade, temos inúmeras dúvidas quanto à bondade do raciocínio silogístico em que o acesso a mais informação tem como resultado pessoas mais informadas ou que pessoas com mais informação sejam cidadãos mais comprometidos. Desde logo, um dos postulados para o sucesso desta premissa é o de que todos os indivíduos tomam decisões a partir de escolhas racionais, algo que é válido quando se trata de elaborar regras jurídicas, ou seja, quando estamos no plano axiológico-normativo, mas que está muito distante da realidade, como as teorias comportamentais demonstram e as novas abordagens regulatórias, baseadas em estímulos, orientações, *guidance*, indução, etc., explicam.

Aliás, alguns sugerem que esta nova forma de regulação pode e deve ser utilizada pelo poder político na promoção de formas de ‘paternalismo *soft*’ em matérias que são fundamentais ao bem-estar dos cidadãos, mas que estes não adoptam atempadamente pela circunstância de a sua ‘arquitetura de decisão’ estar orientada apenas para o curto prazo, algo que não é modificável pela divulgação da informação e do conhecimento⁴¹.

⁴⁰ Em particular quando alguns operadores económicos ou *lobistas* pretendem aceder a documentos que fazem parte dos trabalhos preparatórios de legislação, mais concretamente, aos contributos que as entidades administrativas deram para a formulação final do texto legislativo. Veja-se o caso *Flachglas Torgau GmbH contra Bundesrepublik Deutschland* (Proc. C-204/09).

⁴¹ Cf, por todos, Richard THALER & Cass SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, Penguin Books, 2009 e Cass SUNSTEIN, *Why Nudge?: The Politics of Libertarian Paternalism: The Storrs Lectures*, Yale University Press, 2015.

Sunstein dá como principal exemplo o problema dos sistemas de reformas nos EUA, em que as escolhas dos trabalhadores são determinantes sobre o respectivo futuro e o modo como essas escolhas não modificam, mesmo quando as entidades empregadoras, no contexto de políticas activas de responsabilidade social, proporcionam aos trabalhadores sessões de informação e esclarecimento sobre as melhores opções.

Assim, parece-nos importante assinalar, ainda que de forma tópica, algumas reflexões sobre este tema.

Em primeiro lugar, mais informação não é, necessariamente, positivo:

- i) a divulgação de mais informação não é, em regra, sinónimo de se obter mais informação, desde logo porque muitas vezes essa informação é técnica e os seus destinatários não possuem os conhecimentos necessários para interpretar a informação que lhes chega – pense-se na divulgação da composição química de alimentos ou medicamentos e no número de destinatários que serão capazes de retirar desta informação o conhecimento que procuram (saber se é muito ou pouco calórico ou a que doenças se destina);
- ii) mesmo quando a informação é aparentemente não técnica, ela ainda é susceptível de carecer de ‘instrumentos próprios’ para a respectiva compreensão – pense-se na transmissão em directo pela televisão de julgamentos em matéria penal ou cível e o impacto que essa transmissão tem quando os destinatários desconhecem as regras e os princípios legais em matéria de valoração da prova, de avaliação do grau de culpabilidade do agente ou mesmo de imputação de um resultado;
- iii) a divulgação de muita informação pode dificultar a escolha, em vez de a facilitar, aumentando os *custos de oportunidade*⁴² – pense-se na actual tendência para o excesso de informação na rotulagem dos produtos, que bombardeia os consumidores com informação ‘útil’ sobre os efeitos que um produto tem para a sua saúde (calorias, corantes, produtos químicos), para o ambiente (produzido de forma sustentável ou não) em termos de responsabilidade social (produto fabricado em empresas que respeitam o trabalho digno) em termos intergeracionais (este produto respeitou o uso sustentável da água);
- iv) a divulgação de informação é muitas vezes uma mera formalida-

⁴² Sunstein fala mesmo na ‘maldição da escolha’ e no aumento do bem-estar individual a partir da opção “escolher não escolher” ou pela delegação desse poder de escolha em terceiros (sejam os nossos representantes políticos, os nossos amigos, os nossos gerentes de conta, etc.) ou ainda pelas soluções em que a escolha é subsidiária de uma solução que é dada por regras pré-estabelecidas. O autor conclui, a partir de diversos casos de estudo, que a escolha normativa por defeito é mais eficiente e potenciadora do bem-estar individual do que os sistemas de escolha activa, pelo que o mais importante é regular de forma conveniente estes mecanismos, à semelhança do que acontece, por exemplo, com os contratos de adesão – *v. Cass SUNSTEIN, Choosing not to Choose. Understanding the Value of Choice*, Oxford University Press, 2015.

de, uma vez que o destinatário não tem poder para modificar a situação – pense-se na informação que consta em diversos contratos de adesão (ex. seguro automóvel, crédito bancário, etc.) ou, mais recentemente, nos contratos que subscrevemos ao adquirir *software* ou outros produtos digitais em que nem sequer temos um interlocutor físico.

Por outro lado, a mediação na transmissão da informação não é, necessariamente, positiva:

- v) muito se tem discutido sobre o papel dos *media* na transmissão da informação e no modo como hoje estes actores poderosíssimos podem manipular a opinião pública e contribuir para melhores sociedades ou piores sociedades, embora seja igualmente relevante avaliar os resultados da interposição de outros meios de informação e divulgação de informação (blogs, redes sociais, relatórios publicados em sítios oficiais de ‘entidades produtoras de opinião’ como a OCDE, o FMI, e as agências nacionais de estatística⁴³, *opinion makers*), os quais usando como suporte a Internet conseguem vencer as barreiras que tradicionalmente eram impostas pela regulação nacional da comunicação social;
- vi) mesmo quando a intenção é transmitir *informação sobre e para a cidadania* não é possível encontrar formas de comunicação neutras – veja-se a discussão sobre as dificuldades e os riscos em promover a partir das instituições públicas a educação para a cidadania, a educação ambiental, a educação sexual nas escolas e outros catalisadores de cidadania;
- vii) e até *na transmissão de informação simplificada* os desafios e as dificuldades são em regra muitas e assinaláveis – veja-se o resultados das tentativas de comunicar o conteúdo de actos legislativos em linguagem acessível ou a divulgação de informação oficial sobre estatísticas, endividamento público ou outros dados de literacia financeira.

Assim, é nossa opinião que a veiculação de mais informação *em si*, sendo positiva, não pode ter como consequência as transformações que a ciência política contemporânea lhe pretende imputar pelas razões antes assinaladas

⁴³ Sobre o papel destas entidades no actual contexto da *governance*, funcionando como agentes legitimadores da ‘cientificidade’ do discurso político, v. Diane STONE, «Agents of Knowledge», David LEVI-FAUR, *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford University Press, 2012, pp. 339-352.

e que, em nosso entender, são suficientes para considerar que uma mudança de paradigma é ainda muito arriscada. O que podemos concluir daqui é que o processo regulatório pode ficar enriquecido se ‘os legisladores e decisores’ souberem integrar os contributos dos agentes no terreno de forma inteligente nas modificações normativas futuras e se nesse procedimento existir a transparência suficiente para se avaliar a diferença entre assimilação de contributos e captura. Mas imaginar que a sociedade civil como um todo se pode mobilizar de forma útil para participar activamente na regulação geral é uma utopia.

IV. O PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO E O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

Para muitos autores a transparência está intimamente associada à ‘boa governação’, pois ao aumentar a vigilância sobre os decisores políticos e administrativos consegue-se um estímulo à adopção de decisões imparciais. Mais, alguns vêem na transparência uma nova dimensão do princípio democrático, que permite superar a confiança perdida em institutos tradicionais, em especial no domínio da democracia representativa⁴⁴, ao aumentar a intensidade do controlo (*accountability*). Por essa razão, o artigo 41.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, onde se consagra o ‘direito a uma boa administração’, contempla inúmeras refrações do princípio da transparência, em particular o já analisado direito de acesso a documentos (artigo 41.º/2b da CDFUE). O legislador nacional, por seu turno, aditou recentemente ao Código do Procedimento Administrativo o princípio da boa administração (artigo 5.º), embora lhe tenha dado um sentido diverso daquele que se encontra no direito europeu, pois do seu conteúdo resulta mais uma ideia de eficiência, desburocratização e simplificação administrativa do que uma ideia de transparência.

Mas a transparência não é apresentada apenas como um instrumento de melhoria da qualidade das decisões públicas. Pelo contrário, ela surge também em ambientes de regulação privada, sendo aí apresentada como um contributo essencial para comportamentos éticos. Veja-se o caso da norma internacional ISO 26000 sobre a responsabilidade social das empresas⁴⁵

⁴⁴ Não trataremos nesta sede o tema da transparência associada ao financiamento dos partidos políticos, mas destacamos a sua importância e actualidade, quer no domínio do combate à corrupção, quer em geral na elevação e garantia da qualidade das decisões políticas e aumento da confiança no sistema político – por todos Jürgen BRÖHMER, *Transparenz als Verfassungsprinzip, ob. cit.*, pp. 69ss.

⁴⁵ Cf. *ISO 26000 - Social responsibility*, disponível em <http://www.iso.org/iso/home/standards/iso26000.htm>.

e dos princípios da OCDE em matéria de governo das sociedades (*corporate governance*), onde se dá especial ênfase à divulgação de informação⁴⁶.

Neste particular, os autores acreditam que a transparência é essencial para a eficiência da economia, pois a divulgação de informações e os procedimentos concorrenciais abertos e transparentes são o motor da concorrência justa, que permite o aumento dos operadores nos mercados, o investimento e a redução dos preços finais⁴⁷. Embora este não seja um tópico que possamos aprofundar aqui, não podemos deixar de expressar algumas reservas em relação a estas conclusões, na medida em que alguns ganhos de eficiência acabam por se perder com o aumento dos custos de transacção associados à emergência de novas actividades (organização dos interesses e das estratégias de comunicação – *lobbies*) e maior litigância.

Mais relevante, contudo, para o que nos propusemos discutir neste texto, é a forma como a transparência pode influenciar a efectivação ou realização dos direitos fundamentais e a associação entre este tópico e o aprofundamento da *cidadania financeira*.

A doutrina sublinha a este propósito que a transparência torna os cidadãos mais ‘poderosos’, permitindo-lhes fazer melhores escolhas em matéria de educação, acesso à saúde ou mesmo no direito a um ambiente saudável, ao mesmo tempo que lhes permite reagir de forma mais efectiva contra actos das entidades públicas que contendam com estes direitos, contestando os argumentos apresentados e/ou impondo, pela via judicial, o restabelecimento dos direitos violados⁴⁸. Ora, sem negar ou contrariar totalmente estes postulados, não podemos deixar, contudo, de sublinhar que é igualmente importante estabelecer e disciplinar os limites que devem estar subjacentes a este ‘incremento do poder’ dos cidadãos:

- i) em primeiro lugar, a transparência não deve ser instrumentalizada para o desenvolvimento de uma *sociedade voyeurista* em que cada um procura conhecer tudo sobre os outros para gerir essa informação em benefício próprio, seja nas relações jurídico-privadas (veja-se o caso da utilização das redes sociais no contexto das relações jurídico-laborais ou mesmo os ‘excessos’ da jurisprudência no contexto das acções de investigação de paternidade, que a pretexto da garantia do direito à autodeterminação da identida-

⁴⁶ Cf. OCDE, *OECD Os Princípios da OCDE sobre o Governo das Sociedades*, 2004, disponível em <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/33931148.pdf>.

⁴⁷ Cf. Anoeska BUIJZE, «The Six Faces of Transparency», *ob. cit.*, pp. 7.

⁴⁸ Cf. Anoeska BUIJZE, «The Six Faces of Transparency», *ob. cit.*, pp. 7-8.

de pessoal acolhe maioritariamente pretensões motivadas por razões económicas⁴⁹), seja nas relações jurídicas de direito público em matérias de interesse económico (as empresas muitas vezes instrumentalizam a transparência para ter acesso a informações confidenciais em áreas de segredo industrial ou empresarial), isto significa que à medida que se desenvolvem os instrumentos de acesso e divulgação da informação é também importante buscar as soluções que garantam a melhor concordância prática entre a protecção da transparência e a protecção dos espaços de reserva, intimidade, segredo e ou confidencialidade⁵⁰;

- ii) em segundo lugar, a transparência também não pode ser reconduzida a um instrumento promotor de uma *cidadania de inveja*, ou seja, um modelo de sociedade onde o controlo do princípio da igualdade se transforma num objectivo em si, levando a que as pessoas transformem em medida do seu bem-estar o acesso a condições iguais às de outros, esgotando boa parte da respectiva energia pessoal na investigação dos benefícios, direitos e até pequenas regalias de que beneficiem os seus concidadãos, vizinhos, colegas de trabalho ou de escola – não deve confundir-se a proibição de um tratamento discriminatório com a garantia de um tratamento igual, até porque em muitos casos o circunstancialismo concreto é o único que permite adoptar as melhores soluções, não sendo possível esgotar em regimes legais positivados todas as circunstâncias (a transparência não deve ser entendida como um instrumento normativo que no âmbito do direito à saúde permite

⁴⁹ São inúmeros os exemplos em que os tribunais consideram que o direito a obter a verdade biológica é parte integrante do direito de personalidade e que como tal deve ser assegurado judicialmente, independentemente da vontade do progenitor e sem tomar em consideração outros aspectos, como a idade do requerente ou o tempo já decorrido entre a obtenção da informação sobre os indícios e o início do procedimento. Todavia, optamos por dar especial destaque neste caso, pela positiva, à decisão do TEDH no *caso Odièvre v. France* (Application no. 42326/98), no qual o tribunal, em decisão tomada por 10 votos contra 7, considerou que a lei francesa do regime do “parto anónimo” não consubstancia uma violação do artigo 8.º da CEDH, na medida em que é uma garantia para a ‘mãe’, que assim pode ter a criança em condições clinicamente adequadas, e cujo direito a não ser identificada como tal merece a mesma protecção no âmbito da reserva da vida privada que o direito da filha em perseguir a verdade biológica do seu passado.

⁵⁰ Bröhmer refere diversos exemplos a este propósito, incluindo os denominados procedimentos *in-camera*, através dos quais se asseguram actividades de controlo preventivo e ou de fiscalização de actividades privadas que contemplam soluções protegidas pelo segredo comercial, industrial ou empresarial – *v.*, por todos, Jürgen BRÖHMER, *Transparenz als Verfassungsprinzip, ob. cit.*, pp. 196ss (244).

a um doente questionar o tratamento ou o medicamento dado a outro doente mas que lhe é negado a si, ou que no âmbito do acesso à educação permita pôr em causa decisões como a integração ou não no regime de aluno com necessidades educativas especiais – estas continuam a ser ‘decisões tomadas no âmbito do espaço de valoração e avaliação que é próprio da função de administrar’, que por isso têm a sua margem de discricionariedade própria e que o princípio da transparência não pode pretender neutralizar);

- iii) em terceiro lugar, a transparência também não deve ser instrumentalizada pelas entidades públicas para a sua desresponsabilização no contexto de uma *sociedade de escolha livre*, ou seja, a passagem de serviços públicos prestados por uma única entidade (pública, operador interno ou concessionário) para regimes de concorrência entre operadores acreditados (*i. e.*, para um ambiente de mercado que transmuta os administrados em consumidores) impõe alguns deveres e obrigações fundamentais ao Estado, as quais não se limitam, no contexto do Estado garantidor, a assegurar o acesso dos clientes vulneráveis a esses serviços, ditando antes novas actividades de protecção dos interesses dos consumidores, em especial deveres de informação e de aconselhamento⁵¹;

⁵¹ Este é outro (sub)tema que, embora não tendo a possibilidade de o desenvolver nesta sede, não podemos deixar de assinalar a sua existência e importância. Com efeito, no domínio dos serviços de interesse económico geral existem algumas expressões destes *novos deveres públicos*, como acontece no caso da electricidade e do gás com as regras em matéria de mudança de comercializador – designação de um operador logístico que opera sob regulação da ERSE (artigo 58.º do Decreto-Lei n.º 72/2006, de 23 de Agosto) – ou com o regime de passes em matéria de mobilidade urbana – Portaria n.º 951/99, de 29 de Outubro, alterada pela Portaria n.º 102/2003, de 27 de Janeiro.

Mas há ainda muito a fazer, não só no domínio dos serviços de interesse económico geral, onde subsistem diversas assimetrias informativas prejudiciais para os consumidores, em particular no domínio das telecomunicações, onde é difícil gerir a informação em matéria de tarifários e onde subsistem obrigações de fidelização de duvidosa legalidade.

Há hoje problemas mais graves que se avizinham no âmbito dos serviços de interesse geral com a introdução de regimes mistos público-privados na área da educação e da segurança social. Na primeira porque os dados têm revelado que não obstante a multiplicação de sistemas de indicadores no controlo da qualidade – ex. regime PISA – ainda subsistem muitas falhas de regulação e inúmeras assimetrias informativas que levam os pais, sobretudo em áreas metropolitanas onde a oferta é mais variada, a gastos desnecessários com a educação dos filhos e dos próprios. No segundo caso porque é muito difícil, no contexto da actual (des)regulação dos sistemas financeiros, dar segurança aos investimentos das poupanças em produtos de mercado que permitam mais tarde assegurar o rendimento substitutivo do trabalho. E a questão não é diferente quando

- iv) por último, não escondemos o receio de que este ‘novo poder’ dos cidadãos, que é garantido pela transparência e pelo aumento da informação e a facilitação no acesso à mesma, não possa conduzir a uma crescente judicialização das políticas públicas, com riscos sérios para o bom funcionamento do Estado de Direito⁵².

Os autores sublinham a este propósito que a transparência torna os cidadãos mais ‘poderosos’, mas se testarmos na prática o uso que os mesmos fazem desse ‘poder’ não encontramos – cremos – exemplos que nos permitam exaltar as virtudes cidadãs que muitos tentam imputar a estes novos instrumentos, mas apenas as tradicionais acções dos grupos de interesses, *lobbies* e representantes de minorias activistas.

Se procurarmos, por exemplo, os frutos deste acesso à informação e abertura à participação no plano europeu, verificamos que, mais uma vez, à semelhança do que já havíamos concluído a propósito da análise dos casos de acesso a documentos, quem se mobiliza são os que têm interesses que consideram não estar devidamente representados pelas maiorias que compõem as Instituições constituídas sob o modelo da democracia representativa, ou então os que defendem interesses egoístas, em regra de natureza económica, não sendo possível afirmar que estas iniciativas, em ambos os casos (acesso a documento e iniciativas legislativas), são representativas ou expressivas de *uma nova cidadania participativa*.

Com efeito, no plano europeu registamos até à presente data três iniciativas no âmbito do artigo 11.º/4 do Tratado da União Europeia⁵³: i) a *Right2Water* (“A água e o saneamento são um direito humano! A água é um bem público, não uma mercadoria!”), registada em 10 de Maio de 2012,

falamos de sistemas privados de seguros de saúde – a intervenção activa e responsável do Estado nestes domínios, combatendo as assimetrias informativas e assegurando um funcionamento correcto dos agentes privados é hoje uma das mais elementares dimensões de justiça dos nossos tempos.

⁵² Para maiores desenvolvimentos *v.* o que dissemos em «O princípio da razoabilidade», Carla AMADO GOMES / Ana Fernanda NEVES / Tiago SERRÃO, *Comentários ao Novo CPA*, aafdl, 2015 (em publicação).

⁵³ O artigo 11.º/4 do Tratado da União Europeia foi aditado com o Tratado de Lisboa e contempla um mecanismo de participação directa através de iniciativa cidadã no procedimento legislativo europeu. “Um milhão, pelo menos, de cidadãos da União, nacionais de um número significativo de Estados-Membros, pode tomar a iniciativa de convidar a Comissão Europeia a, no âmbito das suas atribuições, apresentar uma proposta adequada em matérias sobre as quais esses cidadãos considerem necessário um acto jurídico da União para aplicar os Tratados”. O procedimento consta do Regulamento (UE) n.º 211/2011, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à Iniciativa de Cidadania.

deu origem à Comunicação de 2014⁵⁴, onde a Comissão pouco adianta em relação à regulamentação já existente, limitando-se a reafirmar que a Directiva-quadro da Água já responde às preocupações relativas à sustentabilidade e ao uso racional daquele recurso, que os fundos comunitários têm desempenhado um papel importante no que respeita à construção de sistemas de abastecimento de água e saneamento e, no que era o essencial do pedido da cidadania, nega qualquer alteração em relação ao princípio da neutralidade, afirmando que as directivas da contratação pública e a directiva serviços são suficientes e adequadas para assegurar os direitos reivindicados pelos cidadãos; *ii*) a *One of Us* (“Um de Nós”), registada em 11 de Maio de 2012, deu igualmente origem a uma Comunicação em 2014⁵⁵, na qual a Comissão sublinhou que a dignidade humana é um valor que compromete a União e que está subjacente a todas as suas decisões e políticas, mas que apesar disso não era possível aceder ao pedido formulado para que “(...) a UE não financie investigação subsequente ao estabelecimento de linhas de células estaminais embrionárias humanas. Tal deve-se ao facto de a Comissão ter formulado a sua proposta tendo em conta as considerações de ordem ética, os potenciais benefícios para a saúde e o valor acrescentado do apoio a nível da UE para todos os tipos de investigação sobre células estaminais. Esta proposta foi adoptada pelo colegislador, ou seja, o Parlamento Europeu e o Conselho, com base num acordo obtido democraticamente durante as negociações interinstitucionais” – em suma, trata-se de um regime que beneficia de uma legitimidade alargada e de uma legitimidade científico-técnica que deixa sem base de fundamentação o pedido da cidadania; por último, *iii*) a *Stop Vivisection*, registada em 22 de Junho de 2012, deu origem a uma Comunicação de 2015⁵⁶, na qual a Comissão explica também a impossibilidade de atender às pretensões dos peticionantes no sentido de abandonar a experimentação em animais, alegando que a mesma é essencial à investigação científica e que os princípios éticos são assegurados pela Directiva 2010/63/UE.

O cenário a nível internacional parece ser um pouco mais promissor no domínio da ‘cidadania financeira’. Renaud Bourget dá-nos conta de algumas experiências bem-sucedidas no plano dos referendos fiscais suíços e de alguns casos em matéria de orçamentos participativos em diversos pontos do mundo⁵⁷. Apesar de reconhecermos que este pode ser um do-

⁵⁴ Cf. COM(2014) 177 final.

⁵⁵ Cf. COM(2014) 355 final.

⁵⁶ Cf. C(2015) 3773 final.

⁵⁷ Cf. Renaud BOURGET, «Prolégomènes à L’Étude de L’Émergence de la No-

mínio interessante para explorar melhor no contexto do aprofundamento da participação democrática – não em matéria de referendos fiscais, que são proibidos em muitos ordenamentos jurídicos, como acontece entre nós pelo artigo 115.º/4b da Constituição da República Portuguesa, mas sim em matéria financeira – vale a pena lembrar que em matéria de orçamentos participativos estaremos sempre a falar no domínio financeiro local⁵⁸, um nível que sendo importante em matéria de *accountability* é porém pouco abrangente para as ambições desta nova cidadania fundada na transparência e na participação e, pela suas limitações intrínsecas, não tem viabilidade para se estender ao domínio nacional, apesar de contar já com alguma organização estruturada no plano global⁵⁹.

V. NOTAS CONCLUSIVAS

Em suma, nem contestamos as vantagens e virtudes da vida num ambiente democrático, livre e transparente, nem a necessidade de assegurar o acesso à informação, combater as decisões arbitrárias, opacas e infundadas, melhorar a *accountability* de entidades políticas e político-administrativas, assim como de estimular formas activas de cidadania participativa e de organizar as cadeias de distribuição de informação, e ainda de regular o acesso a informação sensível, nominativa e que contenda com valores essenciais, como a reserva da vida privada, o segredo de Estado e as necessárias dimensões de confidencialidade no âmbito económico e empresarial.

Todavia, não alinhamos com aqueles que vêem na transparência uma solução revolucionária, capaz de modificar a cidadania tal como a conhecemos, tornando as nossas sociedades democráticas mais dependentes de instrumentos de participação activa, alargando o leque de matérias onde se premeia a liberdade de escolha individual em detrimento da escolha pública e onde o espaço para a liberdade se amplia. Pelo contrário, desconfiamos da bondade intrínseca destas propostas e da sua capacidade de contribuir para um aumento do bem-estar individual e para a transformação da Sociedade.

tion de Participation en Finances Publiques», Guglielmi / Zoller, *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne*, Éditions Panthéon Assas, Paris, 2014, pp. 163-197.

⁵⁸ Sobre as virtudes deste instrumento de democracia directa no contexto da sustentabilidade da dívida pública e do equilíbrio orçamental dos municípios *v.* FELD & KIRCHGASSNER, «Does Direct Democracy Reduce Public Debt?» Evidence from Swiss Municipalities», *Public Choice*, 2001/109, pp. 347-370.

⁵⁹ Veja-se a proposta da ONG *Participatory Budgeting Project* - <http://www.participatorybudgeting.org/>.

A nosso ver, os desafios próximos nesta matéria passam antes pela ‘boa regulação’ do acesso à informação⁶⁰, nos planos normativo, administrativo e judicial e pelo desenvolvimento de instrumentos para a efectivação do dever público de cuidado em relação às soluções de liberdade de escolha que são apresentadas aos cidadãos quando se trata de matérias com impacto relevante no respectivo bem-estar. Já no plano da ‘boa governação’, acreditamos que a auto-regulação é suficiente sempre que estejam asseguradas a liberdade de expressão e de informação e que os instrumentos de autogoverno, como o orçamento participativo, são experiências positivas dentro de contextos necessariamente limitados, pelo que insuficientes para dinamizar a anunciada revolução.

⁶⁰ *A gestão da transparência é hoje crucial à nossa existência colectiva no contexto da Sociedade Ocidental, seja em termos de garantia da nossa segurança (ex. em matéria de terrorismo), da nossa sustentabilidade financeira (ex. em matéria de troca de informações fiscais) e do nosso desenvolvimento futuro (ex. em matéria de acesso à informação ambiental ou de gestão de patentes) – v., por todos, Christopher HOOD & David HEALD, Transparency: The Key to Better Governance?, Oxford University Press, 2006.*

III

A MELHORIA DA EFICIÊNCIA NA DESPESA PÚBLICA

(Página deixada propositadamente em branco)

8.

EFICIÊNCIA E TRANSPARÊNCIA NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA: A CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA

PEDRO COSTA GONÇALVES
Professor Auxiliar de Direito Público
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Investigador do Instituto Jurídico

Sumário: *I. Contratação pública eletrónica. 1.1. Opção inicial do direito português. 1.2. A reforma de 2014 do direito europeu da contratação pública. II. Princípios fundamentais da contratação pública e contratação eletrónica. III. Em especial, contratação eletrónica e os princípios da integridade e da transparência na contratação pública. 3.1. Integridade. 3.2. Transparência. 3.3. Contributo da contratação eletrónica para a promoção da integridade e da transparência na contratação pública; em particular, o Portal dos Contratos Públicos.*

O presente estudo¹ desenvolve uma reflexão sobre o modo como a designada contratação pública eletrónica se articula com, ou até promove, os valores da eficiência e da transparência nos procedimentos de formação dos contratos públicos.

I. CONTRATAÇÃO PÚBLICA ELETRÓNICA

O conceito de contratação pública eletrónica refere-se à utilização de meios e processos eletrónicos e de tecnologias de comunicação e informação no contexto e no desenvolvimento de procedimentos de contratação pública (de formação de contratos públicos). A utilização destes processos e tecnologias conhece, pelo menos, duas aplicações principais:

- i) O desenvolvimento de *procedimentos eletrónicos de escolha de propostas* – sistemas de aquisição dinâmicos e leilões eletrónicos –, hipótese em que o recurso aos meios eletrónicos se projeta para o próprio “processo de decisão pública” e para a ordenação das propostas;
- ii) *A desmaterialização da tramitação de procedimentos* – neste cenário, o procedimento de contratação desenvolve-se de forma desmaterializada, sem suporte de papel e com a dispensa da presença física; aqui, a eletrónica não substitui a decisão humana, tendo antes a função essencial de interferir nos meios e nos processos de publicitação e de comunicação entre os sujeitos que têm a pretensão de participar e participam nos procedimentos de formação de contratos públicos. Neste sentido, é contratação pública eletrónica aquela que se desenvolve através ou com o recurso a redes eletrónicas de comunicação e de transmissão de dados.

No presente contexto, vamos ocupar-nos especialmente da contratação pública eletrónica nesta segunda dimensão, como fenómeno de desmaterialização da tramitação ou desenvolvimento dos procedimentos de formação de contratos públicos.

A abolição do suporte físico na contratação pública (papel e outros elementos de suporte físico, por exemplo, de ficheiros informáticos) envolveu, pois, a plena adoção de formas e meios eletrónicos para o desenvolvi-

¹ O estudo corresponde, com algumas adaptações, à apresentação do autor no Seminário Internacional Luso-Espanhol sobre *Instrumentos para Melhorar a Eficiência do Setor Público*, que decorreu na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 29 de abril de 2015.

mento do procedimento de adjudicação e para a transmissão de documentos. Como já foi observado, a desmaterialização representa uma revolução jurídica e uma revolução técnica².

1.1. Opção inicial do direito português

Em 2008, o Código dos Contratos Públicos (CCP) adotou, no direito português, a opção inovadora e ousada de impor, como *regra geral*, a utilização de plataformas eletrónicas no desenvolvimento e tramitação dos procedimentos de contratação pública.

Na linha da legislação anterior, de 2008, a recente Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, que regula a disponibilização e a utilização das plataformas eletrónicas de contratação pública (*lei das plataformas eletrónicas*) define plataforma eletrónica, como uma “infraestrutura tecnológica constituída por um conjunto de aplicações, meios e serviços informáticos necessários ao funcionamento dos procedimentos eletrónicos de contratação pública nacional, sobre a qual se desenrolam os referidos procedimentos”.

Da referida regra geral do recurso a plataformas eletrónicas nos procedimentos de contratação só ficou excecionado o procedimento de *ajuste direto*³, como se deduz do artigo 115.º, n.ºs 1, alínea *g*), e 4, do CCP. Note-se, contudo, o seguinte: *i*) o procedimento de ajuste direto *pode* desenvolver-se mediante a utilização de plataforma eletrónica, incluindo o próprio convite; *ii*) a possível dispensa da utilização da plataforma eletrónica no ajuste direto não implica que não se utilizem meios eletrónicos de comunicação (mantendo, pois, a lógica da desmaterialização). Assim sucede no caso do ajuste direto, em que, por exemplo, o convite pode ser enviado por “qualquer meio de transmissão escrita e eletrónica de dados” (artigo 115.º, n.º 4, do CCP).

Em geral, as plataformas eletrónicas de contratação pública cumprem as seguintes funções:

- i*) Publicitação do anúncio procedimento (além do *Diário da República*) ou envio de convite, dando a conhecer o seu conteúdo a todos os interessados;

² Cf. N. FOUILLEUL, *Le contrat administratif électronique*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires, D’Aix-Marseille, 2007; R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, *La contratación pública electrónica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; I. MARTÍN DELGADO, “La contratación pública electrónica”, in M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Contratos* (Tomo XIV: Los Contratos Públicos), Pamplona, Aranzadi, 2014, p. 277 e segs.

³ Procedimento de acesso limitado ou reservado, cuja participação depende de convite da entidade adjudicante.

- ii) Disponibilização das peças do procedimento para consulta ou aquisição pelos interessados;
- iii) Receção de pedidos de esclarecimentos;
- iv) Envio de respostas a esclarecimentos e retificação das peças do procedimento;
- v) Receção de propostas, de candidaturas e de soluções, bem como dos documentos respetivos;
- vi) Abertura de propostas e candidaturas, e disponibilização de informação aos concorrentes;
- vii) Avaliação de propostas segundo critérios qualitativos e quantitativos;
- viii) notificações de atos procedimentais (*v.g.*, relatórios dos júris) e de decisões administrativas (*v.g.*, decisões de qualificação e de adjudicação);
- ix) Apresentação de impugnações administrativas, entre outras.

Registe-se que a *lei das plataformas eletrónicas* introduziu o conceito de “serviços base”, ou seja, de serviços que devem ser disponibilizados de forma gratuita, e num mínimo de três acessos, a qualquer operador económico. Os serviços base a disponibilizar “compreendem o acesso a todas as funcionalidades essenciais, mediante contrato de utilização com a plataforma selecionada, que permitam o desenvolvimento total e completo dos procedimentos pré-contratuais públicos, designadamente: *a)* o acesso aos procedimentos e às peças do procedimento que tenham sido publicadas; *b)* o envio de mensagens através da plataforma eletrónica; *c)* o envio de mensagens de correio eletrónico para todos os intervenientes na fase do procedimento de formação de contratos públicos em curso, sempre que, nos termos do CCP, tal comunicação seja obrigatória; *d)* os pedidos de esclarecimentos e listas de erros e omissões; *e)* a submissão de candidaturas, de propostas e de soluções; *f)* as pronúncias em audiência prévia; *g)* a reclamações e as impugnações; *h)* a decisão de adjudicação; *i)* a entrega de documentos de habilitação; *j)* a visualização de todas as mensagens e avisos criados pelas entidades adjudicantes a que, nos termos da lei, deva ter acesso”.

O resultado da opção legislativa de 2008, no sentido de impor a utilização de plataformas eletrónicas na contratação pública, saldou-se por um enorme sucesso, visível na promoção dos procedimentos desmaterializados, com as vantagens inerentes à desmaterialização. Depois de uma fase inicial

de adaptação ao novo modelo e aos novos processos de relacionamento entre a Administração Pública adjudicante e os operadores económicos, o sistema impôs-se de forma eficaz e sem grandes constrangimentos. É verdade que determinados aspetos da “economia do modelo” acusaram deficiências, mas, deve dizer-se que, em inteiro rigor, as patologias resultaram sobretudo de uma espécie de abandono legislativo, regulamentar e administrativo da nova atividade económica de gestão e exploração de plataformas eletrónicas.

No que se refere à disponibilização de plataformas eletrónicas, a legislação portuguesa optou por um “modelo de mercado”, num contexto de liberdade geral de iniciativa económica. O mercado da oferta de plataformas eletrónicas ficou, pois, aberto a qualquer entidade interessada – atualmente, a entrada no mercado depende de licença administrativa; nos termos da *lei das plataformas eletrónicas*, a lista atualizada das plataformas eletrónicas licenciadas e das respetivas empresas gestoras é publicitada nos sítios na *Internet* do Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I. P. (IMPIC, I. P.), e do Gabinete Nacional de Segurança (GNS) e no Portal dos Contratos Públicos.

As administrações públicas adjudicantes gozam de liberdade de escolha das plataformas eletrónicas a utilizar – a nova lei estabelece que as entidades adjudicantes devem adquirir os serviços de plataformas eletrónicas, de acordo com os procedimentos de formação de contratos estabelecidos no CCP, de entre as plataformas eletrónicas constantes da lista acima referida. Também estabelece que os operadores económicos escolhem livremente a plataforma que pretendem utilizar, para efeitos de participação em procedimentos de formação de contratos públicos, de entre as plataformas eletrónicas licenciadas. A previsão desta “dupla liberdade” de escolha só se torna possível num quadro funcional e técnico de interoperabilidade ou interligação entre as várias plataformas em operação no mercado. Os operadores económicos que pretendam participar ou obter informação sobre procedimentos abertos e em curso têm, pois, de utilizar uma plataforma eletrónica. As dificuldades a que acima nos referimos tinham sobretudo a ver com a gratuitidade de utilização e com alguns aspetos relacionados com a interligação das plataformas e, como se disse, em geral, com a ausência de regras (*v.g.*, com previsão de sanções para os desvios), bem como com a ausência de fiscalização – a nova *lei das plataformas eletrónicas* pretende representar uma resposta a estas deficiências.

Cumprе observar que as plataformas eletrónicas não intervêm no âmbito dos procedimentos pré-contratuais enquanto entidades autónomas, com um estatuto jurídico e procedimental próprio. Em rigor, impende so-

bre a entidade gestora das plataformas eletrónicas a “mera” obrigação de disponibilização dos serviços de base necessários à implementação das formalidades eletrónicas relativas aos procedimentos de formação dos contratos públicos previstos no CCP: a plataforma constitui essencialmente uma infraestrutura (rede) de comunicações eletrónicas através da qual são publicados certos documentos e endereçados ou encaminhados outros documentos. Como se prescreve hoje no artigo 60.º da *lei das plataformas eletrónicas*, a competência para conduzir o procedimento de formação de contratos públicos pertence ao representante da entidade adjudicante, constituindo a plataforma eletrónica apenas a infraestrutura tecnológica na qual aquele procedimento se desenvolve.

Além de promover a genérica desmaterialização dos procedimentos, o que só por si já constitui uma dimensão de efeitos muito positivos, a contratação eletrónica alarga, em termos exponenciais, a publicidade dos procedimentos e, sobretudo, dos contratos adjudicados. Este aspeto tem uma repercussão imediata no capítulo da transparência da contratação pública.

1.2. A reforma de 2014 do direito europeu da contratação pública

Em 2014, foi publicada a reforma do direito europeu da contratação pública, que se concretizou na adoção das seguintes três diretivas (publicadas no JOUE L 94, de 28 de março de 2014):

- i) Diretiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão;
- ii) Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE;
- iii) Diretiva 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE.

Concentrando a nossa atenção na Diretiva 2014/24/UE, que atinge a maior parte da contratação pública, importa notar que a mesma contempla um capítulo (II) sobre técnicas e instrumentos para a contratação pública eletrónica (e agregada); trata-se de um capítulo em que se encontram reguladas figuras e instrumentos de contratação já conhecidos e regulados

na Diretiva 2004/18: os sistemas de aquisição dinâmicos e os leilões eletrônicos. Há, todavia, uma diferença entre a nova regulamentação e a anterior: nesta indicava-se que os Estados-membros poderiam “prever a possibilidade de” as autoridades adjudicantes recorrerem a sistemas de aquisição dinâmicos ou a leilões eletrônicos; agora, em 2014, a Diretiva adota uma formulação diferente e estabelece, diretamente, que as autoridades adjudicantes podem utilizar todas aquelas possibilidades⁴.

Mas, inquestionavelmente mais relevante ainda, em matéria de contratação pública eletrónica, é o disposto no longo artigo 22.º, sobre “regras aplicáveis à comunicação” e a utilização de meios eletrónicos (cf. ainda o artigo 36.º, sobre os designados “catálogos eletrónicos”).

De assinalar o facto de se tratar de uma norma imperativa dirigida aos Estados-Membros, que abrange todas as comunicações e intercâmbios de informações; com efeito, nos termos do n.º 1 do artigo 22.º, “os Estados-Membros devem assegurar que todas as comunicações e intercâmbios de informações ao abrigo da presente diretiva, designadamente a apresentação por via eletrónica, sejam efetuados através de meios de comunicação eletrónicos”. Está aqui em causa a exigência de adotar procedimentos de adjudicação eletrónicos e de, em regra, abolir o suporte de papel e a comunicação oral, bem como, em certos casos, diligências e atos que reclamam a presença física dos interessados. Tendo presente a dificuldade de implementar uma medida com este alcance, a Diretiva concede um prazo suplementar aos Estados para a aplicar – 18 de outubro de 2018 –, nos termos do artigo 90.º, n.º 2.

A Diretiva procura prevenir eventuais efeitos indesejáveis decorrentes do uso da eletrónica neste setor, estabelecendo, além do mais, que os instrumentos e dispositivos a utilizar para a comunicação por via eletrónica, bem como as suas especificações técnicas, não podem ser discriminatórios, devem estar geralmente disponíveis e ser compatíveis com os produtos de uso corrente no domínio das tecnologias da informação e da comunicação, não podendo limitar o acesso dos operadores económicos ao procedimento de contratação.

Nesta matéria, o disposto nas Diretivas de 2014 não conhecerá qualquer impacto relevante no direito português, o qual, como sabemos, já implementou os sistemas de contratação pública eletrónica ali previstos.

⁴ Cf. A. MINESCAUT, “Techniques et instruments pour les marchés électroniques, quoi de neuf?”, *Contrats Publics*, n.º 143, Maio 2015, p. 59 e segs.

II. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA E CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA

Observa-se, com frequência e justificadamente, que o direito da contratação pública se ergue sobre princípios e objetivos diferenciados, por vezes até conflitantes entre si⁵: um “dilema” fundamental resulta, em muitos casos, da contradição entre o objetivo de eficiência económica da compra (economicidade), ligado à proteção dos interesses públicos financeiros e à defesa dos contribuintes, e o objetivo do fomento da igualdade de oportunidades das empresas, ligado à proteção dos interesses público e privado da concorrência⁶.

Sem prejuízo de outros valores e finalidades – incluindo, além da *transparência, integridade, qualidade das prestações e tempestividade*, os designados *objetivos secundários*, no quadro das políticas horizontais e do uso estratégico da contratação pública –, pode dizer-se que é sobretudo em volta dos dois objetivos indicados que, em regra, se surpreende o sentido mais elementar do direito da contratação pública e que se procura identificar a sua racionalidade⁷.

De resto, é ainda em torno dos mesmos objetivos que, em grande medida, se dividem as conceções doutrinárias sobre a finalidade do *public procurement*: para uns Autores, a regulação da contratação cumpre o objetivo precípua da economicidade, e, portanto, da procura do *Best Value for Money*, mediante a busca da melhor proposta com o menor custo e gasto de recursos⁸; para outros, o sentido primário dessa regulação reside na exigência, que se deve reclamar dos poderes públicos, de conceder às empresas um direito à igualdade de oportunidades ou de acesso ao “mercado dos contratos públicos”⁹, bem como à igualdade de tratamento no âmbito do procedimento de contratação¹⁰.

⁵ Cf. DEKEL, *ob. cit.*, p. 238; S. L. SCHOONER, “Desiderata: objectives for a system of government contract law”, *PPLR*, 2002, 2, p. 103; M. BEYELER, *Ziele und Instrumente des Vergaberechts*, Freiburg, Schulthess, 2008, pp. 5 e segs.; M. BUNGENBERG, *Vergaberecht, cit.*, p. 133 e segs.; M. D’ALBERTI, “Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici”, *Diritto Amministrativo*, 2008, n.º 2, pp. 297 e segs.

⁶ DEKEL, *ob. cit.*, p. 239.

⁷ Cf. M. HOLOUBECK/C. FUCHS, “Zur Rationalität des Vergaberechts”, in *Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung, FS für Fridhelm Marx, cit.*, p. 267 e segs.

⁸ Cf. E. MARIOTTI, *La disciplina dei contratti pubblici*, Milano, IL Sole 24 ORE, 2008, p. 15.

⁹ O direito de acesso em igualdade de condições começa por se configurar como uma liberdade de acesso à contratação pública, enquanto dimensão da liberdade do estabelecimento e da prestação de serviços; cf. C. ROBOT, *La passation des marchés publics*, Paris, Le Moniteur, 2007, pp. 26 e segs.; C. LAJOYE, *Droit des marchés publics*, Paris, Gualino, 2009.

¹⁰ Cf. G. HERMES, “Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftrags-

Na indicação dos *princípios de adjudicação dos contratos*, a Diretiva 2004/18/CE alude à igualdade de tratamento, à não discriminação e à transparência (as diretivas de 2014 mantêm essa indicação, acrescentando uma referência à proporcionalidade); no direito português, o catálogo dos princípios da contratação contido no CCP inclui a transparência, a igualdade e a concorrência.

Revelando-se menos estranho no primeiro do que no segundo caso, regista-se, em qualquer deles, a omissão de referências à economicidade, aos interesses financeiros do setor público e, afinal, dos *contribuintes* como princípio estruturante da adjudicação de contratos públicos.

Pois bem, tendo apenas em mente a consideração do impacto da contratação pública eletrónica no domínio dos referidos princípios fundamentais ou essenciais, dir-se-á, em primeiro lugar, ser evidente que aquela facilita e simplifica a participação de operadores económicos em procedimentos de contratação pública. Pode, aliás, dizer-se que as plataformas eletrónicas promovem uma igualização de facto entre os operadores económicos que querem participar ao anular o efeito de distância entre a sede ou o local de atuação normal do operador económico e a sede da entidade adjudicante. Uma vez que todo o “contacto procedimental” se processa por via eletrónica, revela-se indiferente que o operador económico tenha a sua sede na zona geográfica da entidade adjudicante ou a 1.000 kms de distância. O “custo” da participação é o mesmo. Ora, este efeito de anulação da distância é uma vantagem assinalável da “participação eletrónica” em procedimentos de contratação pública. O aumento do número potencial de concorrentes alarga o universo concorrencial (promove a efetividade do princípio da concorrência) e incrementa o leque de escolhas das entidades adjudicantes e pode permitir a escolha de uma proposta mais vantajosa, que, porventura nas condições clássicas, não seria apresentada: a contratação eletrónica cria, assim, boas condições para a promoção do princípio da economicidade.

Assim, e em síntese quanto a este primeiro ponto, oferece-se indiscutível que a contratação pública eletrónica se articula especialmente bem com os princípios da economicidade e da concorrência no domínio da formação de contratos públicos, ao contribuir para a maior efetividade prática destes princípios.

vergabe”, *Juristen Zeitung*, 1997, pp. 909 e segs.; H. PÜNDER, “Zu den Vorgaben des grundsätzlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge”, *Verwaltungsarchiv*, 2004, pp. 38 e segs.

Além disso, e ainda que numa perspetiva de carácter mais genérico, deve dizer-se que a contratação eletrónica conhece ganhos de eficiência pelo simples facto de facilitar os fluxos de comunicação entre os sujeitos dos procedimentos de contratação, na medida da sua associação à abolição do suporte de papel e à dispensa da presença física – basta pensar o que se passava, há ainda menos de 10 anos, com os designados “atos públicos” de apresentação de propostas (sessões públicas com representantes dos candidatos ou concorrentes e das entidades adjudicantes) para se perceber o impacto positivo e meritório das comunicações eletrónicas neste setor.

III. EM ESPECIAL, A CONTRATAÇÃO ELETRÓNICA E OS PRINCÍPIOS DA INTEGRIDADE E DA TRANSPARÊNCIA NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Sem a pretensão de desvalorizar o que acabou de se afirmar sobre a importante relevância da contratação eletrónica na promoção dos princípios fundamentais da contratação pública, oferece-se, todavia, indiscutível que os efeitos benéficos mais evidentes da utilização de meios eletrónicos neste setor se situam claramente no domínio da promoção da integridade e da transparência dos contratos públicos.

Antes de nos inteirarmos sobre o modo como este processo de articulação se desenvolve, importa aludir, de forma breve, ao sentido dos princípios da integridade e da transparência na contratação pública.

3.1. Integridade

A contratação pública é a atividade pública mais vulnerável à corrupção (OCDE); a particular incidência do fenómeno da corrupção neste setor explica-se, claro, pelos elevados fluxos financeiros gerados pelas compras públicas. No *Relatório Anticorrupção da UE* [COM(2014) 38] de 3 de fevereiro de 2014, que dedica especial atenção a este problema, a Comissão Europeia sublinha que “cerca de um quinto do PIB da UE é gasto anualmente pelas autoridades públicas e pelas entidades de direito público na aquisição de bens, obras e serviços”.

O risco de corrupção existe ao longo de todo o ciclo do processo de contratação pública: na fase anterior ao procedimento de adjudicação, no desenvolvimento do procedimento de adjudicação e na fase de execu-

ção do contrato¹¹. O risco da corrupção no campo da contratação pública explica a atenção das autoridades e, entre nós, em especial, do *Conselho de Prevenção da Corrupção* – veja-se a Recomendação n.º 1/2015 deste Conselho dirigida a todas as entidades que celebrem contratos públicos no sentido de: *i*) reforçarem a atuação na identificação, prevenção e gestão de riscos de corrupção e infrações conexas nos contratos públicos, quanto à sua formação e execução, devendo, em especial, fundamentar-se sempre a escolha do adjudicatário; *ii*) incentivarem a existência de recursos humanos com formação adequada para a elaboração e aplicação das peças procedimentais respetivas, em especial, do convite a contratar, do programa do concurso e do caderno de encargos; *iii*) garantirem a transparência nos procedimentos de contratação pública, nomeadamente através da publicidade em plataformas eletrónicas, nos termos legais; *iv*) assegurarem o funcionamento dos mecanismos de controlo de eventuais conflitos de interesses na contratação pública; *v*) reduzirem o recurso ao ajuste direto, devendo quando observado, ser objeto de especial fundamentação e ser fomentada a concorrência através da consulta a mais de um concorrente; *vi*) solicitarem aos órgãos de fiscalização, controlo e inspeção do Setor Público nas suas ações, especial atenção à matéria objeto da Recomendação (*Diário da República*, 2.ª série, de 13/01/2015).

O que acaba de se dizer explica que, nos últimos anos, se venha observando, desde logo no plano internacional, uma atenção crescente pela definição de soluções organizativas destinadas a prevenir práticas de corrupção e a promover os valores da transparência, da integridade e da ética na contratação pública¹²; este enfoque, que se tem generalizado, está na origem de medidas regulamentares que impõem a adoção de mecanismos de “transparência ativa” (da iniciativa dos poderes públicos), bem como a estipulação de regras sobre conflitos de interesses e soluções sobre os impedimentos ou causas de exclusão da participação em procedimentos de contratação pública de operadores económicos identificados pela prática de condutas que infringem a lei (*black lists*). Fala-se, neste âmbito de um *princípio de integridade na contratação pública*, assente na promoção da transparência e da boa gestão pública, na prevenção de confli-

¹¹ Neste sentido, cf. G. M. RACCA/C. R. YUKINS, “Introduction. Steps for integrity in public contracts”, in G. M. Racca/C. R. Yukins, *Integrity and efficiency in sustainable public contracts (balancing corruption concerns in public procurement internationally)*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 2.

¹² Veja-se, por exemplo, o relatório da OCDE “Integrity in public procurement (good practice from A to Z)”, 2007.

tos de interesses e na luta contra a corrupção¹³ e outros crimes associados à contratação pública¹⁴.

Sem se poder dizer que a reforma da contratação pública europeia de 2014 tem o seu centro problemático no combate à corrupção ou na preocupação com a integridade nos negócios públicos, a mesma parece mostrar uma inclinação para estes temas, o que contrasta com a anterior geração de diretivas. Sintoma disto mesmo é a atenção que agora se confere ao tema dos “conflitos de interesses” – veja-se o artigo 24.º da Diretiva 2014/24/UE: “os Estados-Membros asseguram que as autoridades adjudicantes tomem as medidas adequadas para impedir, identificar e resolver eficazmente conflitos de interesses que surjam na condução dos procedimentos de contratação, de modo a evitar qualquer distorção da concorrência e garantir a igualdade de tratamento de todos os operadores económicos”. O segundo parágrafo do preceito esclarece que “o conceito de conflito de interesses engloba, no mínimo, qualquer situação em que os membros do pessoal da autoridade adjudicante ou de um prestador de serviços que age em nome da autoridade adjudicante, que participem na condução do procedimento de contratação ou que possam influenciar os resultados do mesmo, têm *direta* ou *indiretamente* um *interesse financeiro, económico ou outro interesse pessoal* suscetível de comprometer a sua imparcialidade e independência no contexto do procedimento de adjudicação”.

Creemos não se revelar exagerado dizer que a promoção da ética e da integridade na contratação pública se inscreve atualmente na prossecução das finalidades *primárias* do direito dos contratos públicos: dirige-se contra práticas que, por um lado, comprometem a economicidade dos “negócios” da Administração e, por outro, afetam a concorrência e a igualdade entre as empresas. Simultaneamente, porém, a disciplina jurídica dos contratos públicos surge como um instrumento adicional no âmbito de uma política pública mais abrangente de “combate à corrupção”.

¹³ Sobre a associação entre corrupção e contratação pública, cf. Sope WILLIAMS-ELEGBE, *Fighting corruption in public procurement*, Oxford, Hart Publishing, 2012; Jessica GENTSCH, *Staatliche Beschaffung Korruptionsprävention*, Baden-Baden, Nomos, 2012; Ángeles JAREÑO LEAL, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Madrid, Iustel, 2011; Carlos G. CASTRO CUENCA, *La corrupción en la contratación pública*, Salamanca, Ratio Legis, 2009. Rhodri WILLIAMS QC, “Anti-corruption measures in the EU as they affect public procurement”, *PPLR*, 2014/4, NA 95 e segs.; A. CERRILLO I MARTÍNEZ, *El principio de integridad en la contratación pública (mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción)*, Navarra, Aranzadi, 2014.

¹⁴ Sobre as ligações entre direito penal e contratação pública, cf. Catherine PREBISSY-SCHNALL, *La pénalisation du droit des marchés publics*, Paris, L.G.D.J., 2002.

3.2. Transparência

O princípio da transparência tem essencialmente a finalidade de garantir a ausência de qualquer risco de favoritismo ou de arbítrio da parte da entidade adjudicante (cf. Acórdão do TJ de 16/04/2015, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, Proc. C- 278/14, no sentido de que a obrigação de transparência se destina, nomeadamente, a garantir a ausência de risco de arbitrariedade por parte da entidade adjudicante). Implica que todas as condições e modalidades do procedimento de adjudicação sejam formuladas de forma clara, precisa e unívoca no anúncio ou nas peças do procedimento (neste sentido, Acórdão do TJ de 29/04/2004, *Comissão/CAS Succhi di Frutta*, Proc. C-496/99). Implica ainda que todas as informações técnicas necessárias à boa compreensão do anúncio e das peças do procedimento sejam disponibilizadas ao conjunto dos operadores económicos que participam no procedimento de forma, por um lado, a permitir àqueles operadores a compreensão razoável daqueles documentos e, por outro lado, de colocar a entidade adjudicante em situação de verificar efetivamente se as propostas correspondem aos critérios que regem o procedimento.

O princípio da transparência cumpre uma função importante na prevenção de conflitos de interesses e de eventuais violações do princípio da imparcialidade.

Uma dimensão essencial da transparência administrativa consiste no dever de fundamentação das decisões adotadas nos procedimentos de formação de contratos, desde logo, a decisão de adjudicação.

Um instrumento fundamental para assegurar a transparência é a *publicidade*, na projeção desta ao nível dos participantes no procedimento – os quais devem ter acesso a todas as decisões adotadas nesse âmbito, desde a adjudicação até aos ajustamentos ao contrato –, mas também ao nível do público em geral.

Existe, com efeito, uma muito estreita conexão entre *transparência* e *publicidade*. É certo que não se está a pensar em qualquer forma de publicidade, mas numa “publicidade organizada e coerente” que permita aos interessados diretos e ao público em geral o acesso a uma informação completa sobre que contratos têm sido atribuídos pela Administração, a quem e em que condições. A simples percepção, pelos agentes envolvidos, de que os seus procedimentos e as suas decisões se encontram expostas a um escrutínio público fácil e acessível induz contenção e tem o efeito de prevenir comportamentos menos íntegros ou situações ostensivas de conflitos de interesses.

3.3. Contributo da contratação eletrónica para a promoção da integridade e da transparência na contratação pública; em particular, o Portal dos Contratos Públicos

É enorme o contributo dos meios eletrónicos para a promoção da integridade e da transparência na contratação pública. Contudo, deve dizer-se, um tal contributo não decorre, sem mais, da utilização de plataformas eletrónicas nos procedimentos de formação de contratos públicos. Com efeito, bem poderia suceder que as plataformas eletrónicas operassem “em circuito fechado” no processamento das comunicações entre a administração pública adjudicante e cada operador económico participante no procedimento.

Mas não é assim. Pelo menos no direito português, a contratação pública eletrónica desenvolve-se, em grande medida, em ambiente aberto: aberto, desde logo, aos participantes no procedimento, que, a partir de uma certa fase, têm acesso ao teor das propostas apresentadas por todos os concorrentes e podem, depois, acompanhar todo o procedimento, até à versão final do contrato a celebrar (após os ajustamentos que podem ser feitos à minuta do contrato); mas aberto, também, para o público em geral (qualquer cidadão), agora, por força da interligação entre as plataformas eletrónicas e o designado Portal dos Contratos Públicos.

O Portal dos Contratos Públicos, cuja constituição, funcionamento e gestão se encontra regulada na Portaria n.º 701-F/2008, de 29 de julho. O Portal dos Contratos Públicos é composto por (i) Observatório das Obras Públicas, que constitui um sistema de informação dedicado aos contratos de empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas, empreitada de obras públicas integrada em concessões, incluindo informação relativa à aquisição de serviços relacionados com obras públicas; (ii) sistema de informação dedicado aos contratos de locação e aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços; (iii) uma área comum dedicada a todos os contratos públicos cuja formação ou execução se encontre sujeita ao CCP (cf. artigo 2.º, n.º 1 da Portaria n.º 701-F/2008, de 29 de julho).

Conforme decorre do n.º 1 do artigo 2.º da mencionada Portaria, “o Portal dos Contratos Públicos constitui um espaço multifuncional destinado a disponibilizar a informação sobre a formação e a execução dos contratos públicos sujeitos às regras de formação ou execução previstas no Código dos Contratos Públicos (CCP) (...)”, constituindo, por essa razão, um instrumento essencial na promoção da transparência na contratação pública.

A interligação entre as plataformas e o Portal dos Contratos Públicos permite a qualquer cidadão aceder – de forma simples, rápida, acessível

e sem custos – a todo o tipo de informação sobre os procedimentos de contratação em curso e sobre as adjudicações efetuadas pelas administrações adjudicantes. Não se trata apenas de facilitar o acesso público à contratação pública, mas, mais do que isso, permite-se o acesso a todo o contexto dos “negócios públicos”.

Neste sentido, a contratação eletrónica assume relevo de primeira linha como mecanismo de transparência e de um controlo público difuso e informal sobre os contratos públicos – *controlo de cidadania*, a efetuar por qualquer pessoa através de um acesso livre à Internet¹⁵.

O que acaba de se afirmar dispensa maiores desenvolvimentos sobre o relevo da contratação eletrónica na publicitação e na transparência da contratação pública e, por essa via, na promoção de uma contratação pública baseada no princípio da integridade.

Mas, importa notar, em inteiro rigor, a importância do Portal dos Contratos, como instrumento de transparência e de publicidade, ultrapassa, em dimensão aliás significativa, o que resulta da sua articulação com as plataformas eletrónicas. De facto, a lei portuguesa exige que determinadas informações sensíveis relativas a contratos constem do Portal dos Contratos Públicos (informações independentes das plataformas e que não existem nestas).

Eis o que se verifica nos casos seguintes.

Como vimos acima, nos termos da lei, os procedimentos de ajuste direto não têm de correr através de plataformas eletrónicas. Ora, apesar disso, o artigo 127.º do CCP determina que “a celebração de quaisquer contratos na sequência de ajuste direto deve ser publicitada, pela entidade adjudicante, no portal da Internet dedicado aos contratos públicos”. Esta exigência de publicitação eletrónica assume, neste caso, um significado muito especial, posto que está em causa uma adjudicação de contrato por um procedimento não publicitado, e baseado em convite e, porventura, num contacto direto e exclusivo entre a entidade adjudicante e um operador económico. Pois bem, sendo isto possível, a lei exige, contudo, a publicitação do contrato que vier a ser celebrado.

¹⁵ Sobre a monitorização e o acompanhamento da adjudicação de contratos públicos pelos cidadãos e pela sociedade civil, cf. F. REYES HEROLÉS, *A new role for citizens in public procurement*, México, Transparencia Mexicana, 2012. G. HARDING, “Transparency for the ordinary citizen”, *Journal of Contract Management*, 2011, p. 103 e segs. Ainda neste âmbito, veja-se o artigo 465.º do CCP, sobre a exigência de publicitação no portal dos contratos públicos dos elementos referentes à formação e à execução dos contratos públicos, “desde o início do procedimento até ao termo da execução”; cf. Portaria n.º 701-E/2008, de 29 de julho.

Mais: essa exigência de publicitação não corresponde à proclamação de um princípio bondoso, mas sem efetividade. Não é o caso, pois a lei estabelece que a publicitação é, nem mais nem menos, do que condição de eficácia do contrato, nomeadamente para efeitos de quaisquer pagamentos. Quer dizer, sem publicitação, o contrato não produz efeitos jurídicos, nem financeiros.

Em termos paralelos, um outro preceito legal inserido no capítulo sobre a modificação de contratos administrativos (artigo 315.º do CCP), com a epígrafe “obrigação de transparência”, estabelece que “os atos administrativos do contraente público ou os acordos entre as partes que impliquem modificações objetivas do contrato e representem um valor acumulado superior a 15% do preço contratual devem ser imediatamente publicitados, pelo contraente públicos, no portal da internet dedicado aos contratos públicos, devendo a publicidade ser mantida até seis meses após a extinção do contrato”. O n.º 2 do mesmo preceito acrescenta que essa publicitação é condição de eficácia dos atos administrativos ou dos acordos modificativos. Trata-se, neste caso, de uma exigência de transparência relacionada já não com a fase da adjudicação de um contrato público, mas antes com o desenvolvimento da relação contratual. Por força da disposição legal, qualquer cidadão tem acesso aos termos e condições das modificações de contratos que envolvem um custo superior a 15% do preço contratual inicial.

Os dois casos anteriores mostram que, enquanto ferramenta eletrónica, o Portal dos Contratos Públicos tem uma importância que ultrapassa, em medida muito importante, a publicitação de informações que constam de plataformas eletrónicas.

Assim, e a finalizar, diremos que a contratação pública eletrónica e, com esta diretamente relacionado, o Portal dos Contratos Públicos representam dos mais importantes sinais de transformação dos processos de relacionamento entre a máquina administrativa e os cidadãos. A circunstância de, a qualquer momento, qualquer pessoa poder conhecer todos os contratos atribuídos por qualquer entidade pública a qualquer operador económico coloca Portugal na primeira linha em matéria de transparência dos negócios públicos e de acesso à informação de cidadania. É certo que este livre acesso à informação sobre a adjudicação de contratos públicos não tem sempre o efeito, que seria de esperar, de inibir os decisores públicos de adotarem decisões que suscitem as maiores reservas e suspeitas. Mas, em boa verdade, tudo mudou. Hoje todos os cidadãos podem saber, questionar e questionar-se sobre essas decisões. Oferece-se assim fora de toda a dúvida o enorme benefício que resulta da contratação pública eletrónica, sobretudo na sua associação ao Portal dos Contratos Públicos e, por essa via, ao claro incremento da publicidade e da transparência da contratação pública.

EL PRINCIPIO DE EFICIENCIA MOTOR DE LA REFORMA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

FRANCISCA L. VILLALBA PÉREZ
Catedrática Acreditada de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

Sumario: I. Introducción. Punto de partida. II. Significado de la eficiencia en la contratación del sector público. III. Aportaciones del principio de eficiencia a las reformas normativas sobre contratación del sector público en la Unión Europea. IV. Situación normativa interna del principio de eficiencia en la contratación del sector público. V. ¿Cómo pueden las entidades del sector público fomentar la eficiencia en su contratación?. VI. Oportunidades de mejora de la eficiencia en la contratación del sector público. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN. PUNTO DE PARTIDA

Hasta la llegada de la crisis económica el principio de eficiencia en la actuación administrativa en general no había sido muy utilizado por las Administraciones Públicas, a pesar de que en 1978 el artículo 31.2 CE de 1978 encomendó a los poderes públicos la asignación equitativa de los recursos públicos presidida por los principios de economía y eficiencia. En el ámbito específico de la contratación del sector público la eficiencia venía siendo considerada más como una directriz política que como un principio

jurídico¹, pero las devastadoras consecuencias económicas y sociales de la crisis económica iniciada en los años 2007-2008 provocaron la reacción de las autoridades europeas que aprobaron a partir de 2010 un importante paquete de medidas en las que el principio de eficiencia es su eje vertebrador.

La primera de de estas medidas fue la *Estrategia Europa 2020* que marca un panorama normativo presidido por la utilización eficiente de los recursos públicos y para cuya consecución la contratación pública es una herramienta clave. Al año siguiente, en enero de 2011, la Comisión Europea difundió el *Libro Verde: Hacia una contratación pública más eficiente* que planteó la necesidad de modernizar los mecanismos contractuales públicos con el objetivo de incrementar la eficiencia del gasto público, potenciar un mercado abierto de servicios y conseguir un crecimiento económico estable e integrador. En el mes de abril de ese mismo año de 2011 se aprobó una Comunicación sobre *12 prioridades para reforzar la confianza en el mercado único*, en la que se incluía la necesidad de una revisión y actualización de la contratación pública.

Los resultados de la amplia consulta del *Libro Verde* se resumieron en un documento síntesis² que reflejó, entre otras cuestiones, la necesidad de simplificar los procedimientos haciéndolos más ágiles y flexibles y con menos cargas administrativas, y muchas de las propuestas previstas en los citados documentos europeos han sido recogidas por las nuevas directivas de contratación pública: La Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública; la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación del contrato de concesión, y la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre los procedimientos de contratación en los sectores de agua, energía, transporte y servicios postales³, que intentan incrementar la eficiencia del gasto público fomentando la innovación y la mejor relación calidad-precio en las inversiones públicas.

¹ Según DWORKIN (1995) la directriz política propone alcanzar un objetivo, generalmente, una mejora de algún aspecto de la vida económica, política o social de la comunidad. Frente al principio que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de legalidad, justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. Para Dworkin los principios son proposiciones normativas que describen derechos; las directrices políticas son estándares o proposiciones que describen objetivos (*Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1995).

² Resultados del documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 27 de junio de 2011 titulado *Informe de evaluación: Impacto y eficacia de la legislación de la UE sobre contratación pública*. http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_enpdf.

³ Todas ellas publicadas en el DOUE el 28 de marzo de 2014.

En concreto la Directiva sobre contratación pública (2014/24/UE) tienen dos grandes objetivos: a) incrementar la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados posibles de la contratación en términos de relación calidad/precio (lo que implica simplificar y flexibilizar las normas sobre contratación pública vigentes), y b) permitir que se utilice la contratación pública en apoyo de objetivos sociales como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles.

En el ámbito interno español, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público fue la primera norma que plasmó la eficiencia como un principio jurídico de obligado cumplimiento al señalar que el objeto y la finalidad de su regulación era someter la contratación del sector público a los principios de concurrencia, publicidad y transparencia, igualdad y no discriminación entre los candidatos, asegurando al mismo tiempo una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios.

Posteriormente el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) volvió a recoger el principio de eficiencia en el pórtico de su articulado ordenando más adelante a los entes, organismos y entidades del sector público a definir previamente la necesidad pública a cubrir por el contrato e impidiéndoles celebrar contratos que no sean necesarios para el cumplimiento de sus fines institucionales.

Al año siguiente, la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria, aprobada tras la reforma del artículo 135 de la CE⁴, refuerza el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos en la actuación administrativa en general, concretando el artículo 7 apartado 2 que la gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público.

Bajo el título *eficiencia energética en las adquisiciones de las Administraciones Públicas integradas en el Sector Público Estatal* la disposición adicional decimotercera de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, prevé que la Administración

⁴ Que determina que todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.

General del Estado solamente podrán adquirir bienes, servicios y edificios que tengan un alto rendimiento energético (eficiencia energética).

Por último, la exposición de motivos del anteproyecto de ley de contratos del sector público⁵, al declarar los objetivos que persigue la nueva regulación específica que además de incorporar a nuestro ordenamiento interno las Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE, trata de diseñar y ejecutar un nuevo sistema de contratación pública más eficiente, que consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos, satisfaga las necesidades de los órganos de contratación, mejore las condiciones de las empresas, y facilite prestaciones eficaces y de calidad a los usuarios.

II. SIGNIFICADO DE LA EFICIENCIA EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

El Diccionario de la Real Academia Española (RAE) no hace diferencias importantes entre los términos “eficacia” y “eficiencia”, según se desprende de su definición. Atribuye al término “eficacia” la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera, y a la eficiencia la capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado. La diferencia la podemos encontrar en que la eficiencia, de alguna manera, se refiere a los medios y recursos a utilizar con el fin de obtener un determinado propósito.

No obstante, existen definiciones especializadas que reconocen un significado matizado según los distintos ámbitos profesionales en los que se aplican, considerando el principio de eficacia como la *medida de un logro o de un resultado que puede medirse en función de los objetivos logrados*, relacionándola con la capacidad de una persona o organización para satisfacer los objetivos perseguidos⁶, siendo la eficiencia la *medida de la utilización de los medios y recursos*. La eficiencia busca emplear los medios, métodos y procedimientos *más* adecuados, debidamente utilizados y organizados para asegurar un resultado *óptimo*. La eficiencia aumenta a medida que decrecen los costos y los recursos utilizados⁷.

⁵ Informado por el Consejo de Ministros de 17 de abril de 2015.

⁶ La eficacia es un concepto absoluto, somos eficaces o no lo somos. Si alcanzamos nuestra meta, somos eficaces; si no la alcanzamos, aunque sea por poco, no somos eficaces. Si nuestro objetivo era alcanzar un determinado logro u objetivo y no lo conseguimos, no podemos decir que somos medio eficaces. No, no somos eficaces.

⁷ La eficiencia, en cambio, es un concepto relativo. Se puede ser eficiente en diferentes grados. Podemos ser más eficientes, menos eficientes, medio eficientes, etcétera. Si conseguimos el objetivo marcado y lo hicimos utilizando gran cantidad de recursos, seguramente fuimos poco eficientes, aunque fuimos eficaces. Si lo logramos con los recursos disponibles, seguramente fuimos eficientes y eficaces. La eficiencia, tal como

La eficiencia pone el *énfasis* en los medios frente a la eficacia que pone el *énfasis* en los resultados y en los logros obtenidos. El uso adecuado de los recursos es una diferenciación básica entre eficacia y eficiencia. Una persona u organización puede ser eficaz pero no eficiente, y también a la inversa⁸.

En términos generales, la palabra eficiencia hace referencia a los recursos empleados y los resultados obtenidos. Es una capacidad o cualidad muy apreciada por empresas u organizaciones debido a que su propósito es alcanzar metas u objetivos, con recursos humanos, financieros, tecnológicos, físicos, de conocimientos, etc. limitados y, en muchos casos, en situaciones complejas y muy competitivas.

En el ámbito general de las Administraciones públicas podría afirmarse que la eficiencia se enmarca como un principio básico vinculado al principio de buena administración, siendo, por tanto, aplicable a cualquier decisión administrativa. La eficiencia tiene relación directa con la utilización correcta y óptima de los recursos y medios disponibles, y supone lograr las metas previstas con la menor cantidad de recursos, obteniendo los mayores resultados con la mínima inversión. Por tanto, se puede decir que la Administración pública es “eficiente” cuando es capaz de obtener los resultados deseados mediante la óptima utilización de los recursos disponibles. Así las cosas, eficiencia es un concepto que debe constituirse en un pilar básico de la actuación administrativa para poder optimizar sus recursos y ofrecer la mayor calidad en la prestación de sus servicios al ciudadano y, más todavía, si tenemos en cuenta la actual situación económica de España.

En el ámbito específico de la contratación del sector público el principio de eficiencia supone que las obras, bienes, servicios y productos contratados, deben reunir los requisitos de calidad, precio, plazo de ejecución y entrega en las mejores condiciones, utilizando para ello los procedimientos y las herramientas de contratación disponibles de forma ágil, eficaz y al menor coste económico. La eficiencia pretende aminorar los costos utilizando los procedimientos con el fin de evitar trámites innecesarios que, en muchos casos, incentivan prácticas corruptas. El principio de eficiencia además de buscar un uso más eficaz de los fondos públicos, intenta mediante procedimientos ágiles y flexibles adjudicar los contratos públicos de la forma más competitiva y transparente posible.

venimos señalando suele medirse por los medios y recursos utilizados para la obtención de un resultado.

⁸ Por ejemplo, cuando en plena guerra fría, Estados Unidos prometió que su país sería el primero en alcanzar la Luna, lo que le importaba y perseguía era ser eficaz, pues, de nada le hubiese servido ser eficiente si no hubiera logrado el objetivo marcado.

III. APORTACIONES DEL PRINCIPIO DE EFICIENCIA A LAS REFORMAS NORMATIVAS SOBRE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO EN LA UNIÓN EUROPEA

Como hemos visto anteriormente, en la actualidad, nos encontramos inmersos en un panorama normativo marcado por la “*Estrategia Europa 2020*”⁹ en el que el principio de eficiencia es su eje vertebrado siendo la contratación pública una de sus herramientas fundamentales por la enorme incidencia que tiene sobre las economías de los Estados. La *Estrategia Europa 2020* pretende potenciar un mercado abierto de servicios reforzando una gestión eficiente con la finalidad de afianzar e impulsar una mayor cohesión social y territorial. Y en la consecución de esos objetivos, sobre todo en la utilización eficiente de los fondos públicos, la contratación pública desempeña un papel clave.

La Comunicación de 13 de abril de 2011, “*Acta del Mercado Único: Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza*”, incluyó entre las doce medidas prioritarias la revisión y modernización del marco normativo de la contratación pública con la finalidad de flexibilizar la adjudicación de los contratos y para que pueda servir de apoyo a otras políticas de tipo social, laboral y medioambiental que favorezcan la eficacia y eficiencia de la contratación pública.

Ese mismo año el Libro Verde sobre políticas de modernización de la contratación pública en la UE, denominado *Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*¹⁰, plantea la necesidad de modernizar las herramientas de la contratación pública a fin de hacerlas adecuadas a la evolución del contexto político, social y económico. Proponiendo el incremento de la eficiencia del gasto público, que implica buscar los mejores resultados posibles, la máxima rentabilidad de las inversiones y generar la competencia más fuerte posible en los contratos públicos que se adjudican.

Advierte el Libro Verde que la racionalización de los procedimientos de contratación, con medidas de simplificación específicamente adaptadas a las necesidades particulares de las pequeñas Administraciones Públicas, no cabe duda que ayudan al sector público a lograr los mejores resultados con la menor inversión en términos de tiempo y dinero público. De forma análoga, los licitadores necesitan competir en condiciones más equitativas

⁹ *Estrategia UE 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador* (2010). Comunicación de la Comisión Europea de 3 de marzo de 2010.

¹⁰ *Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente* (2011). Libro Verde de 27 de enero de 2011.

que eviten los falseamientos de la competencia e incrementen la eficiencia en los procedimientos de contratación pública, que deberán ser simples y flexibles para permitir el cumplimiento de objetivos sobre el fomento de la innovación, la conservación del medio ambiente, la lucha contra el cambio climático y contra la marginación social¹¹.

Los resultados de la amplia consulta del Libro Verde se resumieron en un documento de síntesis, que reflejó la necesidad de simplificar los procedimientos y hacerlos más flexibles, a través de menores cargas administrativas relacionadas con la elección del licitador y permitiendo un mayor uso de un procedimiento de licitación con negociación.

Todo ello nos sitúa en los principales aspectos que abordan las tres nuevas Directivas europeas de 2014¹² que aspiran a incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública, y permitiendo que los compradores la utilicen mejor en apoyo de objetivos sociales y medioambientales.

En concreto la Directiva sobre contratación pública (2014/24/UE) busca incrementar la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados posibles en términos de relación calidad/precio, y para ello introduce nuevas consideraciones que permiten a los órganos de contratación dar

¹¹ En este sentido, la contratación pública electrónica aumenta la eficacia de los procedimientos, mejora el acceso para las empresas y brinda una mayor capacidad de elección a los licitadores. Entre las ventajas de una utilización más generalizada de la contratación electrónica cabe destacar una mayor accesibilidad y transparencia que mejora el acceso de las empresas a la contratación pública gracias a la automatización y centralización del flujo de información sobre las oportunidades de licitación concretas. Frente a los sistemas basados en el soporte de papel, la contratación electrónica contribuye a que las entidades adjudicadoras y los operadores económicos reduzcan sus costes administrativos, y a que se agilicen los procedimientos de contratación.

¹² Nos referimos a la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y la Directiva 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Todas ellas de 26 de febrero de 2014. Estas Directivas constituyen la culminación de un proceso iniciado en el seno de la Unión Europea en el año 2010 con la Estrategia Europa 2020, y después de diversas propuestas y negociaciones de la Comisión, el Consejo y del Parlamento Europeo, fue finalmente aprobado por el Parlamento Europeo el 15 de enero de 2014, siendo publicadas en el DOUE el 28 de marzo de 2014. Con ello Europa se ha dotado de un paquete normativo sobre contratación del sector público que deroga el 18 de abril de 2016 a las actuales Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE, cubriendo por primera vez los contratos de concesión. Asimismo, se hacía preciso aclarar determinadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar diversos aspectos resaltados por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública.

prioridad a la calidad, a los aspectos sociales y a la innovación, sin olvidar el precio ni los costes del ciclo de vida del objeto de la licitación. Ya que al evaluar la mejor relación calidad-precio, los poderes adjudicadores podrán determinar los criterios económicos y de calidad relacionados con el objeto del contrato que les permitan una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta tal como se define en las especificaciones técnicas.

En este contexto de la mejor relación calidad-precio, la Directiva 2014/24/UE incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación que incorpora aspectos sociales y medioambientales, permitiéndoles a los poderes adjudicadores elegir los criterios de adjudicación que mejor respondan a sus necesidades para poder obtener obras, suministros y servicios de alta calidad. En concreto los poderes adjudicadores aplicarán para adjudicar los contratos públicos el criterio de la oferta económicamente más ventajosa que se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incorporen aspectos medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato, como:

- a) la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;
- b) la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato; o
- c) el servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega y el plazo de entrega o el plazo de ejecución.

Por consiguiente, la oferta económicamente más ventajosa podrá evaluarse sobre la base de la mejor relación calidad-precio, que ha de incluir siempre un elemento de precio o coste. Salvo cuando se evalúe únicamente sobre la base del precio, los poderes adjudicadores pueden determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa y el coste más bajo mediante un planteamiento basado en el coste del ciclo de vida. La noción de coste del ciclo de vida incluye todos los costes a lo largo del ciclo de vida de las obras, suministros o servicios, o una parte de los costes, como los costes sufragados por el poder adjudicador o por otros usuarios, relativos a la ad-

quisición; los costes de utilización, donde se incluye el consumo de energía y otros recursos; los costes de mantenimiento; y los costes de final de vida de recogida y reciclado. También incluye el cálculo de costes del ciclo de vida los costes imputados a externalidades medioambientales vinculadas al producto, servicio u obra durante su ciclo de vida, a condición de que su valor monetario pueda determinarse y verificarse; esos costes podrán incluir el coste de las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes, así como otros costes de mitigación del cambio climático.

Los criterios de adjudicación garantizarán una competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores, por lo que no podrán conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada. El poder adjudicador precisará en los pliegos la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa, excepto en el supuesto de que esta se determine sobre la base del precio exclusivamente.

Esta ponderación deberá fijarse mediante una banda de valores con una amplitud máxima adecuada. Cuando la ponderación no sea posible por razones objetivas, los poderes adjudicadores indicarán el orden decreciente de importancia atribuido a los criterios.

Todas estas consideraciones implican simplificar y flexibilizar las normas vigentes y orientar la actuación contractual de los poderes adjudicadores hacia la consecución de objetivos sociales como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social¹³

No cabe duda que unos procedimientos racionales y eficientes benefician a todos los operadores económicos y facilitan la participación de las PYME y de los licitadores transfronterizos. Dicha mejora permitiría asimismo que los poderes adjudicadores utilicen de forma estratégica la contratación pública para fomentar la innovación. La adquisición de bienes, obras y servicios innovadores desempeña un papel clave en la mejora de la eficiencia y la calidad, al mismo tiempo que responde a desafíos fundamentales para la sociedad; contribuye a obtener la mejor relación calidad-precio en las inversiones públicas, así como amplias ventajas económicas, medioambien-

¹³ Por ello la Directiva plantea la necesidad de simplificar las normas vigentes, incrementar su eficiencia y eficacia y hacer que se adapten mejor a la evolución del contexto político, social y económico.

tales y sociales, al generar nuevas ideas, que plasmadas en obras, productos y servicios innovadores fomentan un mayor crecimiento económico.

Otra faceta que se verá beneficiada por la búsqueda de mayor eficiencia es la contratación centralizada. En los mercados de contratación pública de la Unión se comienza a observar una marcada tendencia a la agregación de la demanda por los compradores públicos con el fin de obtener economías de escala, incluida la reducción de los precios y de los costes de transacción, y de mejorar y profesionalizar la gestión de la contratación. Ello puede hacerse concentrando las compras, bien por el número de poderes adjudicadores participantes, bien por su volumen y valor a lo largo del tiempo.

No obstante, la agregación y la centralización de las compras deben supervisarse cuidadosamente para evitar una excesiva concentración de poder adquisitivo y la colusión y preservar la transparencia y la competencia, así como las posibilidades de acceso al mercado de las PYMEs.

También en la búsqueda de mayor eficiencia en toda la cadena del contrato, por primera vez las nuevas Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE entran a regular la fase de ejecución del contrato incluyendo disposiciones sobre la modificación, resolución y subcontratación. Así como un cauce de comunicación entre la Comisión y los Estados Miembros a través de una o varias autoridades, organismos o estructuras encargados de velar por la aplicación de las normas europeas sobre contratación pública¹⁴. Con ello la Unión Europea ha dado por concluido un proceso de revisión y modernización de la contratación pública con la finalidad de incrementar la eficiencia del gasto público y facilitar, en particular, la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMEs), así como permitir que los poderes públicos empleen la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes.

¹⁴ El anteproyecto de ley de contratos del sector público crea en el seno de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado un nuevo órgano de apoyo junto a los ya existentes, el Comité de Cooperación en Materia de Contratación Pública, que tendrá por objeto la homogeneización de criterios de interpretación normativa entre las Administraciones públicas, así como el análisis de cuestiones relativas a la contratación pública que resulten de interés común. Asume este órgano las relaciones de cooperación e intercambio de información con la Comisión Europea en lo que se refiere a la legislación de contratación pública en general así como la información a la Comisión Europea, previo requerimiento de esta, sobre la aplicación práctica de las políticas estratégicas de contratación nacionales. Además será el órgano competente para elaborar y remitir a la Comisión Europea cada tres años un informe de supervisión sobre la licitación pública y ejecución de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios que estén sujetos a regulación armonizada.

IV. SITUACIÓN NORMATIVA INTERNA DEL PRINCIPIO DE EFICIENCIA EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

Como vimos anteriormente, en el ámbito interno español el artículo 31.2 de la Constitución encomendó a los poderes públicos la máxima eficiencia en la utilización de los recursos, impidiendo una utilización arbitraria o irracional: *“el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”*. La Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria, aprobada tras la reforma del artículo 135 de la CE, regula en su artículo 7 la eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos¹⁵, en concordancia con lo establecido en el artículo 31.2 de la Constitución Concretando el apartado 2 que la gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público.

En el marco de estos preceptos constitucionales y legales, el TRLCSP, en el pórtico de su estructura normativa, en el artículo 1 declara que su objetivo y finalidad es *regular la contratación del sector público a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa*.

En aplicación de estos principios el artículo 22.2 del TRLCSP recoge los rasgos característicos y básicos del principio de eficiencia en la contra-

¹⁵ Precepto legal que exige a las Administraciones públicas: a) encuadrar las políticas de gasto público en un marco de programación y planificación plurianual, y dentro del presupuesto aprobado, atendiendo a la situación económica, a los objetivos de política económica y al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera; b) que la gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público; y c) que las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

tación del sector público, señalando que *los entes, organismos y entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa*. Para hacer posible y viables los citados objetivos el apartado primero del mismo precepto legal exige la definición previa por el órgano de contratación de la necesidad pública a cubrir por el contrato como primer paso de la actuación contractual de todo el sector público, determinando que no se podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de los fines institucionales¹⁶.

Por otra parte la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, en la disposición adicional decimotercera bajo el *título eficiencia energética en las adquisiciones de las Administraciones Públicas integradas en el Sector Público Estatal*, prevé que la Administración General del Estado solamente podrán adquirir bienes, servicios y edificios que tengan un alto rendimiento energético, en la medida que ello sea coherente con la rentabilidad, la viabilidad económica, la sostenibilidad en un sentido más amplio, la idoneidad técnica, así como una competencia suficiente. Esta obligación será aplicable a los contratos de suministro, de servicios y de obras cuyo resultado sea la construcción de un edificio, siempre que tales contratos sean de un valor estimado igual o superior a los umbrales de los contratos que determinan la sujeción a una regulación armonizada establecidos en los artículos 14, 15 y 16 del TRLCSP. En cualquier caso, tales normas serán de aplicación a los expedientes de contratación y de adquisiciones y arrendamiento de inmuebles que se inicien a partir de la entrada en vigor de la presente Ley (disposición transitoria sexta).

Igualmente, será aplicable a la o al arrendamiento de edificios. Y aunque en principio tal obligación se refiere a la Administración Central, se prevé igualmente que por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, se impulsen actuaciones encaminadas a conseguir que por las distintas entidades del sector público autonómico y local se adquieran bienes, servicios y edificios con alto rendimiento energético

También afectan a la concurrencia y libre competencia y, por tanto, a la eficiencia del contrato del sector público, los artículos 26 a 28 de la Ley

¹⁶ A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado, que introducen dos mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación¹⁷. Uno de estos mecanismos es una reclamación que podrá interponer el operador económico que entienda que se han vulnerado sus derechos o intereses legítimos por alguna disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho¹⁸, ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado. El segundo es un mecanismo de información también a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado¹⁹ de los obstáculos o barreras a la unidad de mercado que dichos operadores económicos puedan detectar²⁰. El procedimiento tiene carácter alternativo respecto a los recursos administrativos o jurisdiccionales que procedan contra la disposición, acto o actuación de que se trate. Tras la tramitación y elaboración de su informe, la Secretaría dará traslado del expediente a la autoridad competente que adoptara la decisión correspondiente.

La decisión de la autoridad competente (el informe de la Secretaría no es vinculante), pone fin a la vía administrativa y abre la posibilidad, además de interponer los recursos jurisdiccionales oportunos, de que los operadores económicos o asociaciones afectados eleven una petición a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) contra dicha decisión. La CNMC, de considerarlo oportuno, estará legitimada para interponer el recurso contencioso-administrativo.

Por otra parte, la Ley establece la posibilidad de que los consumidores y usuarios, así como las organizaciones que los representan, puedan

¹⁷ Estos preceptos prevén la posibilidad de reclamar ante la citada Secretaría a los operadores económicos, asociaciones empresariales y asociaciones profesionales, que entiendan que se han vulnerado sus derechos o intereses legítimos.

¹⁸ En concreto, podrá dirigirse la reclamación frente a toda actuación que, agotando o no la vía administrativa, sea susceptible de recurso administrativo ordinario. También podrá dirigirse frente a las disposiciones de carácter general y demás actuaciones que, de conformidad con lo dispuesto por la LJCA pueden ser objeto de recurso contencioso-administrativo.

¹⁹ La Secretaría de Unidad de Mercado es órgano técnico de asistencia del Consejo de Unidad de Mercado, dependiente de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa. El Consejo para la Unidad de Mercado tiene como objetivo el seguimiento de la aplicación del contenido de la Ley 20/2013 mediante la cooperación y colaboración entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales como elemento esencial para la aplicación del principio de unidad de mercado. Como órgano coordinador cuenta con representación de todas las Administraciones.

²⁰ Estos procedimientos permitirán que, en aquellas situaciones en que el interés general representado por la unidad de mercado pueda verse vulnerado por la actuación pública, el interesado pueda utilizar, si lo tiene por conveniente, el sistema administrativo de recursos, pero pueda también acudir a esta nueva alternativa que se configura.

dirigirse a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado e informar sobre cualesquiera obstáculos o barreras relacionadas con el principio de unidad de mercado (artículo 28 de la Ley 20/2013).

En la contratación del sector público estos mecanismos podrían ser utilizados con independencia de la naturaleza o cuantía del contrato al que pueda afectar. En concreto, podrían ser utilizados frente a anuncios o pliegos que contengan cláusulas que limiten la libertad de establecimiento o de circulación, o cuando favorezcan la contratación con empresas de una determinada zona, y que por razón de la naturaleza jurídica del contrato y por su cuantía no pueden ser objeto de recurso especial en materia de contratación.

Con ello se pretende resolver los conflictos con la prontitud necesaria para evitar que la protección efectiva del principio de unidad de mercado y de los derechos de los ciudadanos y las empresas pueda resultar menoscabada, permitiendo al mismo tiempo el acceso a la vía judicial para todas las partes.

Por último, la exposición de motivos del anteproyecto de ley de contratos del sector público al declarar los objetivos que persigue la nueva regulación específica que además de incorporar a nuestro ordenamiento interno las Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE, la nueva regulación trata de diseñar y ejecutar un nuevo sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos, como la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación; la mejora de las condiciones de los operadores económicos; y unas mejores prestaciones para los usuarios.

Situados ya en el contenido de las reformas normativas pasamos a concretar cómo se puede aplicar y fomentar el principio de eficiencia a lo largo de las distintas fases contractuales

V. ¿CÓMO PUEDEN LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO FOMENTAR LA EFICIENCIA EN SU CONTRATACIÓN?

Existe unanimidad en admitir que la eficiencia en la contratación del sector público requiere la eliminación de restricciones injustificadas a la competencia en la preparación y ejecución de los procedimientos. Una correcta competencia entre licitadores significa menor precio, mayor calidad de las prestaciones y ofertas más innovadoras. Es evidente, pues, la absoluta relación entre el principio de eficiencia y el principio de libre competencia y concurrencia. La promoción de la competencia es una consecuencia

práctica de los principios que imperan en la contratación pública: igualdad, publicidad, concurrencia, y transparencia.

Para mejorar la eficiencia de la gestión contractual las instituciones públicas suelen aprobar unas guías con determinadas reglas y buenas prácticas que buscan lograr los mejores resultados al menor coste empleando los recursos estrictamente necesarios para satisfacer las necesidades públicas. Estas guías inciden en algunos aspectos que pasamos a concretar:

- *Utilización de pliegos normalizados.* La utilización de pliegos normalizados dota de unidad y uniformidad a la contratación, favoreciendo el conocimiento por parte de los licitadores y generando a favor del órgano de contratación un ahorro importante de costes materiales internos en la gestión contractual. La tramitación del expediente contractual y la ejecución del contrato mediante pliegos normalizados agiliza y flexibiliza la gestión sin impedir las especificidades y las singularidades propias de cada uno de los contratos. Es conveniente por ello introducir flexibilidad en la tramitación, simplificar la documentación, utilizar técnicas y medios electrónicos, y eliminar trámites innecesarios como puede ser exigir a todos los licitadores la documentación relativa a la solvencia del contrato y no exclusivamente al adjudicatario propuesto. No hay nada más perjudicial para el principio de eficiencia en el contrato que el desorden y la dispersión procedimental y la reiteración injustificada de trámites.
- *Definición clara y precisa de las condiciones contractuales.* Una definición clara y precisa del objeto, el precio y las necesidades públicas a cubrir por el contrato, así como los requisitos de solvencia económica, técnica y profesional, además de aportar transparencia mejora el procedimiento y consigue ofertas más competitivas, evitando futuras modificaciones contractuales. Resulta necesario por ello que todas las condiciones de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma. Ello permitiría a la entidad adjudicadora comprobar de forma ágil que las ofertas presentadas por los licitadores responden a condiciones de licitación del contrato.
- *Máxima transparencia en todos los trámites contractuales.* El sector público en España necesita de forma inexcusable una contrata-

ción pública cada vez más transparente, y competitiva en beneficio de los ciudadanos, de las empresas y de las propias Administraciones Públicas. En ello juegan un papel fundamental los principios de libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad y transparencia de los procedimientos y la no discriminación e igualdad de trato entre los oferentes²¹. No cabe duda que la transparencia en la contratación pública facilita y agiliza los cauces de información a los licitadores favoreciendo así la concurrencia y ende la eficiencia del contrato. Pero además la transparencia permite que los ciudadanos tengan información de cómo se gestiona la contratación pública, con la intención de avanzar en el derecho a una buena administración y hacia un control efectivo de la misma²². La transparencia no puede reducirse a su vertiente interna de información al ciudadano en una página web pública, hay que proyectarla también en su vertiente externa o hacia fuera que implica suprimir el secretismo que está en el corazón del poder público sometándose al escrutinio público. Tal como señala Gimeno Feliu, de esta forma el principio de transparencia muestra así su verdadero carácter sustantivo y no sólo instrumental, en tanto que tiene por objetivo la rendición de cuentas a la sociedad²³.

- *Publicidad amplia y clara de las licitaciones.* Una publicación amplia, clara y precisa del contenido del contrato que se pretende celebrar, no cabe duda que fomenta la participación y con ello su eficiencia al darlo a conocer al mayor número posible de operadores económicos. La publicidad genera competencia y concurrencia empresarial, tal y como bien advierte la STJUE de 15 de octubre de 2009, *Acoset*, al afirmar que “la obligación de transparencia que recae sobre cualquier ente contratante consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada y efectiva que permita abrir a la competencia el contrato licitado mediante la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación”.

²¹ Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2015) *Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*, de 5 de febrero de 2015, www.cnmc.es.

²² Para generar confianza es necesario que la Administración se someta al escrutinio público. Véase OCDE, (2012), *Principios para mejorar la transparencia y la gobernanza en los países en desarrollo*.

²³ GIMENO FELIU, J.M. (2014), *decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos*, Observatorio de la contratación pública, www.ocp.es.

- *Selección del procedimiento de adjudicación que más favorezca a la libre competencia.* Para poder conseguir que el contrato sea eficiente es necesario seleccionar el procedimiento que más favorezca a la libre competencia y desarrollar de forma objetiva, transparente y ágil los cauces y trámites procedimentales. No cabe duda que procedimientos flexibles y plazos ágiles ayudan al impulso de las distintas fases contractuales²⁴. La elección del procedimiento y su necesaria motivación es una de las exigencias más relevantes de la contratación pública. En concreto, si el órgano de contratación selecciona un procedimiento negociado, la negociación debe ser siempre la causa de dicha elección, tal y como ha recordado la STJUE de 5 de octubre de 2010, (C-337/1998), sea o no con publicidad²⁵. Y frente a las posibles ventajas de una mayor flexibilidad de la figura del contrato menor deben contraponerse los riesgos de favoritismo y la excesiva discrecionalidad de los poderes adjudicadores. Por ello, sería conveniente exigir al órgano de contratación la solicitud de al menos tres ofertas válidas atendiendo al criterio del precio como freno a un uso indebido y como estímulo a cierta competencia efectiva.
- *Utilización de criterios objetivos de adjudicación.* La aplicación de criterios objetivos de adjudicación que atribuyan preponderancia a los criterios que puedan valorarse mediante fórmulas aritméticas garantiza la máxima objetividad e igualdad y disminuye la discrecionalidad del órgano de contratación. Otorgar una mayor puntuación a la oferta más económica, sin olvidar la calidad y eficacia de la prestación, aporta objetividad y transparencia y evita que se celebren contratos que pudieran haberse ejecutado con menos importe.
- *Adjudicar el contrato a la oferta que más beneficio aporte al interés general.* Adoptando las decisiones oportunas que puedan redundar

²⁴ El establecimiento, por ejemplo, de un plazo máximo de 30 días naturales desde la fecha final de recepción de las ofertas para adjudicar el contrato inyecta celeridad en las transacciones económicas, amplía las posibilidades de competencia y participación de las empresas, y aumenta la consideración de una Administración eficaz. El uso de herramientas informáticas y procedimientos electrónicos agilizan los trámites y las notificaciones.

²⁵ El anteproyecto de ley de contratos del sector público incorpora la regulación de las consultas preliminares del mercado, con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los operadores económicos acerca de los planes de contratación del órgano correspondiente y de los requisitos que exigirá para concurrir al procedimiento.

en una mayor eficiencia en toda la fase de ejecución del contrato, sin olvidar la exigencia de responsabilidad en que pueda incurrir el contratista.

- *Introducción de condiciones especiales de ejecución basadas en criterios sociales.* Proyectar la contratación pública hacia una dimensión social que persiga el cumplimiento de objetivos sociales, medioambientales, laborales, etc., a través de la inclusión de cláusulas de este tipo o mediante condiciones especiales de ejecución, no cabe duda que hace mucho más eficiente la contratación del sector público²⁶. También ayuda a ello la garantía de confidencialidad de los derechos e intereses legítimos de los licitadores al proyectar profesionalidad, rigor y seguridad en las transacciones económicas implícitas en el contrato.

VI. OPORTUNIDADES DE MEJORA DE LA EFICIENCIA EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014 necesitan obligatoriamente su transposición al ordenamiento jurídico español antes del 18 de abril de 2016 y, en consecuencia, ha de producirse una reforma normativa en este sector. Se abre con ello una época llena de oportunidades para mejorar la eficiencia de la contratación del sector público.

¿En qué cuestiones puede mejorarse la eficiencia de la contratación pública? Algunos aspectos contractuales que vamos a concretar en este epígrafe, suscitados a lo largo de la aplicación de las Directivas de 2004, han sido incorporados ya por las reformas normativas en curso, otros, por el contrario, no lo han sido todavía, pero sobre ambos aspectos van dirigidas las siguientes consideraciones:

1.^a) *Mayores exigencias en los convenios de colaboración y cooperación así como en las encomiendas de gestión.* Recordemos que el TRLCSP delimita los

²⁶ Sin embargo, pese a que en la propia exposición de motivos del anteproyecto de ley de contratos del sector público se apunte a la utilización de la contratación pública como instrumento para implementar las políticas, tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo y promoción de las pymes, y añade que se introducen normas más estrictas, endureciéndose “las disposiciones sobre esta materia en las denominadas ofertas ‘anormalmente bajas’, con el objetivo de combatir el *dumping* social y garantizar que se respeten los derechos de los trabajadores, de manera que los contratistas que no cumplan con la legislación laboral podrán ser excluidos de las licitaciones”, esta declaración de intenciones no encuentra el adecuado reflejo posterior en el articulado.

supuestos en los que las entidades del sector público están obligadas a aplicar sus disposiciones normativas sometiéndolas a los principios marco de contratación pública²⁷, pero existen vías alternativas admitidas por el legislador que permiten a las Administraciones públicas obtener bienes y servicios con menores garantías para la libre concurrencia y competencia y que afectan negativamente a la eficiencia del contrato, como los convenios de colaboración en los que no existe la posibilidad de un proceso competitivo, o mediante encomiendas de gestión a medios propios o servicios técnicos. Por lo que se aconseja una aplicación restrictiva de dichas figuras al eludir los principios que fundamentan la contratación del sector público.

Cuando las Administraciones públicas en vez de recurrir a una licitación pública optan por utilizar otros instrumentos administrativos permitidos por la normativa, como las encomiendas de gestión o los convenios de colaboración, los órganos de contratación deberían valorar las ineficiencias económicas que surgen de la ausencia de concurrencia²⁸, propia de estas figuras.

El anteproyecto de ley de contratos del sector público informado por el Consejo de Ministros el 17 de abril de 2015 con la finalidad de impulsar la competencia y libre concurrencia restringe la utilización de los llamados “medios propios o servicios técnicos internos”²⁹, aumentando las exigencias para garantizar que su utilización está suficientemente justificada y no es un modo de eludir la publicidad y concurrencia características de la contratación pública³⁰.

²⁷ Publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad, no discriminación y salvaguarda de la libre competencia.

²⁸ Las auditorías de costes son útiles tanto *ex ante* para preparar el presupuesto de licitación, como *ex post* para aquellos contratos donde puedan surgir contingencias sobrevenidas. Existen numerosos medios por los que el órgano proponente podría orientar primero y evaluar posteriormente su decisión al fijar el precio inicial. Por ejemplo, haciendo una comparativa con los procesos de aprovisionamiento en el sector privado, mediante estudios de mercado, auditoría de costes, etc.

²⁹ Entidades creadas por una Administración o poder adjudicador para la realización de determinadas actividades sin someterse a un procedimiento de contratación.

³⁰ El anteproyecto de ley de contratos del sector público incluye una nueva regulación de los denominados “medios propios” de la Administración, que se refiere a la aplicación práctica de la técnica denominada *in house providing*, que pasa ahora a llamarse “encargos a medios propios”, donde se encuentran los casos de contratos entre entidades del sector público, como supuestos de ejecución directa de prestaciones a través de medios propios personificados, distinguiéndose el encargo hecho por un poder adjudicador de aquél que se hubiera realizado por otra entidad que no tuviera la consideración de poder adjudicador. Manteniéndose los casos de la ejecución directa de prestaciones por la Administración pública con la colaboración de empresarios particulares

2.^a) *División del contrato en lotes.* Hasta ahora la normativa vigente exige que se motive y justifique la existencia de diversos lotes en un contrato. En el anteproyecto de ley de contratos del sector público, el principio será justamente el contrario, se deberá justificar como excepcional el hecho de que no existan lotes³¹. Esta división en lotes favorece la participación de las empresas y especialmente el acceso de las PYMEs a los contratos públicos. La promoción de la competencia es una consecuencia práctica de los principios de objetividad, igualdad, publicidad y transparencia, y una competencia amplia entre licitadores significa menor precio, mayor calidad de las prestaciones y ofertas más innovadoras. Es evidente, pues, la absoluta relación entre el principio de eficiencia y el principio de competencia.

o a través de medios propios no personificados. El anteproyecto de ley de contratos del sector público, siguiendo las directrices de las nuevas Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, pretende aumentar las exigencias que deben cumplir estas entidades, con lo que se trataría de evitar adjudicaciones directas que puedan menoscabar el principio de libre competencia. Para ello la empresa considerada como “medio propio” ha de disponer de medios suficientes para cumplir el encargo que se le haga, ha de obtener autorización del poder adjudicador del que dependa, no tener participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20 por 100 de su actividad.

³¹ Establece el artículo 99 del anteproyecto de ley de contratos del sector público que el objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado y no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento, y siempre que no se trate de un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes. Cuando el órgano de contratación decida no dividir en lotes el objeto del contrato, deberá justificarlo debidamente en el expediente.

Se entenderá que son motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, entre otros que el órgano de contratación estime oportunos, los siguientes:

a) El hecho de que, a juicio del órgano de contratación, la división en lotes del objeto del contrato conllevara el riesgo de restringir la competencia.

b) El hecho de que, a juicio del órgano de contratación, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultaran la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes.

Cuando el órgano de contratación decida motivadamente proceder a la división en lotes del objeto del contrato, éste podrá introducir las siguientes limitaciones, justificándolas debidamente en el expediente:

a) Podrá limitar el número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta.

b) También podrá limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador.

3.^a) *Eliminación de cualquier referencia a las características concretas de las empresas.* Los criterios que se adopten en los pliegos en relación a la solvencia económica y técnica de los licitadores³² y, en su caso, sobre la clasificación empresarial han de estar necesariamente vinculados al objeto del contrato, ser proporcionales al mismo, permitir la determinación de la oferta más ventajosa económicamente, no hacer referencia a las características de las empresas y figurar, junto con la ponderación que se les atribuya, en el pliego correspondiente³³. Especificando la importancia y prioridad de cada uno de ellos dentro de la valoración total³⁴.

No ayuda a la competencia sino que la impide las referencias a tipologías, marcas o especificaciones técnicas como determinantes del acceso a la licitación, salvo en los supuestos de excepción contemplados legalmente. Tampoco podrán exigir los pliegos condiciones que supongan una carga económica desproporcionada para el licitador ni establecer en relación a la garantía de calidad mención alguna a entidad de certificación de la calidad concreta. Queda prohibida toda referencia en los pliegos que implique diferencia de trato en función de la nacionalidad, lengua, domicilio o territorio del adjudicatario, incluso de manera indirecta, como puede ser la exigencia de experiencias vinculadas a un determinado ámbito geográfico, o la exigencia de ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio de referencia³⁵.

4.^a) *Justificación rigurosa de la tramitación urgente del expediente.* No cabe duda que la tramitación urgente del expediente contractual afecta a la competencia y, en consecuencia, a la eficiencia del contrato, pues los plazos

³² Conforme a la normativa actualmente en vigor la exigencia de acreditación de una experiencia mínima en los pliegos plantea ciertas dudas sobre su viabilidad por afectar a los principios de concurrencia y proporcionalidad.

³³ El anteproyecto de ley de contratos del sector público añade nuevos medios de acreditación que confirmen que las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos de que se trata cumplen determinados requisitos. Para ello se incorporan nuevas etiquetas, informes de pruebas, certificaciones y otros medios.

³⁴ El TRLCSP prohíbe puntuar elementos ya tenidos en cuenta a la hora de valorar la solvencia que puedan solaparse con los criterios de adjudicación. Cuando se decida puntuar determinadas características de calidad, mediante la acreditación de una determinada certificación, los elementos puntuables deben permitir reflejar los diferentes grados de calidad presentes en las diversas ofertas, por su contribución a la mejora del valor técnico, en vez de reiterar las cualificaciones de solvencia y aptitud de los licitadores, ya verificadas previamente.

³⁵ Dichos requisitos podrán exigirse como condiciones de ejecución del contrato, pero nunca como criterios de valoración de la solvencia técnica ni como criterio para la adjudicación del contrato.

de tramitación se reducen a la mitad, y en determinados trámites como la presentación de ofertas puede resultar perjudicial para la concurrencia de los licitadores. Por lo que conviene aplicar este tipo de tramitación únicamente tras una justificación rigurosa de la concurrencia de las causas que la motivan, valorando el mantenimiento de los plazos ordinarios para la presentación de ofertas³⁶.

5.^a) *Elección del procedimiento de adjudicación que más favorece a la libre concurrencia.* Las distintas alternativas de elección de un determinado procedimiento de adjudicación por parte del órgano de contratación, influyen también en la eficiencia del contrato, aunque dicha elección puede venir, en ocasiones, condicionada a que se cumplan los requisitos establecidos para cada uno de los procedimientos previstos en la normativa sobre contratación pública.

En principio, el procedimiento más eficiente por ser el más favorecedor de la libre concurrencia y, en consecuencia, más respetuoso con el principio de igualdad entre licitadores, es el procedimiento abierto, al que se pueden presentar proposiciones todas aquellas empresas y personas físicas que reúnan los criterios de capacidad y solvencia exigidos.

El procedimiento restringido limita el número de licitadores para aquellos que cuenten con mayor solvencia a la hora de decidir el número de empresas invitadas a participar en el procedimiento, por lo que el órgano de contratación deberá valorar el impacto de tal decisión sobre la competencia evitando todas aquellas limitaciones innecesarias al acceso de la licitación³⁷. Igual sucede con el procedimiento negociado en el que el contrato recae en el licitador elegido por la entidad pública contratante, previa consulta y negociación con los candidatos que cumplan con los requisitos de capacidad y solvencia. Salvo en los casos en que se exige dar publicidad al anuncio de licitación (procedimiento negociado con publicidad).

El anteproyecto de ley de contratos del sector público para conseguir una mayor transparencia restringe las causas de utilización del procedimien-

³⁶ El artículo 119 del anteproyecto de ley de contratos del sector público vuelve a reproducir de forma literal la excesiva ambigüedad del TRLCSP en el tratamiento de los expedientes de urgencia estableciendo que podrán ser objeto de tramitación urgente los expedientes correspondientes a los contratos cuya celebración responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público. A tales efectos el expediente deberá contener la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación, debidamente motivada.

³⁷ Es necesario por ello que la limitación no se sitúe automáticamente en el mínimo legal de cinco empresas, y, en este caso, se deberá justificar la decisión motivándola.

to negociado eliminando el motivo de la cuantía del contrato dentro de los supuestos que permiten su utilización. E introduce un nuevo procedimiento abierto simplificado con una duración breve, alrededor de un mes, con publicación obligatoria en Internet, para no perder las ventajas de agilidad.

En el diálogo competitivo, sometido por la normativa a determinadas circunstancias, la entidad contratante establece un diálogo o intercambio de opiniones con los candidatos seleccionados al objeto de determinar las alternativas que satisfagan la necesidad pública a cubrir por el contrato. Para fomentar y favorecer la eficiencia del contrato es necesario que la limitación no se sitúe automáticamente en el mínimo legal de tres empresas, y, en este caso, es recomendable que tal decisión se justifique y motive, en aras a garantizar una competencia efectiva.

La Directiva y el anteproyecto introducen un nuevo procedimiento de adjudicación denominado de “asociación para la innovación”, para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de I+D en obras, servicios y productos, para su posterior adquisición por la Administración. Los candidatos seleccionados realizarían las actividades de I+D requeridas y se adjudicará finalmente el contrato al empresario que ofrezca la mejor relación calidad-precio³⁸.

6.^a) *Valoración preferente del precio ofertado como criterio de adjudicación.* En los criterios de adjudicación el precio ofertado debe tener un peso fundamental en la valoración de cada oferta³⁹, al ser el criterio objetivo y económicamente cuantificable que mejor suele revelar el grado de eficiencia de los licitadores⁴⁰.

³⁸ En las asociaciones para la innovación, cualquier operador económico podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación, proporcionando la información para la selección cualitativa que haya solicitado el poder adjudicador. En los pliegos el poder adjudicador determinará cuál es la necesidad de un producto, servicio u obra innovadores que no puede ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado. Indicando qué elementos de la descripción constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todos los licitadores. Se trata de contratos que buscan productos, servicios u obras innovadores. El poder adjudicador podrá decidir crear la asociación para la innovación con uno o varios socios que efectúen por separado actividades de investigación y desarrollo (artículo 31 de la Directiva 2014/24/UE).

³⁹ En el contrato de concesión de servicios, dado que el destinatario final de la prestación contratada es el ciudadano, debe otorgarse importancia también a la calidad del servicio y a otras variables, sin que ello suponga una merma en la valoración del precio o tarifa ofertada.

⁴⁰ La puntuación atribuida al precio de las distintas ofertas debe ser proporcional a la reducción del presupuesto que permite cada una de ellas, para no desvirtuar su impacto a la hora de decidir la adjudicación del contrato.

La oferta económicamente más ventajosa se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida, que incluirá la totalidad o una parte de los costes que se hayan producido a lo largo de la vida de un producto, un servicio o una obra: a) costes sufragados por el poder adjudicador o por otros usuarios, tales como los costes relativos a la adquisición; los costes de utilización, como el consumo de energía y otros recursos; los costes de mantenimiento; los costes de final de vida, de recogida y reciclado; b) los costes imputados a externalidades medioambientales vinculadas al producto, servicio u obra durante su ciclo de vida, a condición de que su valor monetario pueda determinarse y verificarse; esos costes podrán incluir el coste de las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes, así como otros costes de mitigación del cambio climático.

La introducción de mejoras y/o variantes como criterio de adjudicación exige una relación directa con el objeto del contrato, una adecuada motivación, su previa delimitación en los pliegos, o en su caso en el anuncio de licitación, y la ponderación de las mismas⁴¹. No será posible valorar una variante y/o mejora que no se haya previsto como tal en el pliego.

7.^a) *La duración del contrato ha de ser acorde a la naturaleza de las prestaciones y a las características de su financiación.* La duración idónea de un contrato resulta fundamental para garantizar un nivel de eficiencia adecuado⁴². El establecimiento de plazos excesivamente largos, aunque se encuentren dentro de los límites legales, implica barreras de entrada para nuevos operadores, que ven imposibilitado su acceso al mercado durante todo el período de vigencia del contrato, pero, los plazos de tiempo demasiado reducidos pueden dificultar la amortización de las inversiones necesarias para realizar la prestación objeto del contrato, lo que puede disuadir de la presentación de ofertas y conferir así ventajas a los operadores ya instalados que no ne-

⁴¹ Deben figurar por tanto dichas variantes y/o mejoras de forma detallada en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características, para que permitan identificarlas suficientemente.

⁴² Sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos, la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas. El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas y que la concurrencia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los períodos de prórroga (artículo 23 del TRLCSP).

cesiten llevar a cabo dichas inversiones, y elevar los costes de gestión para los órganos de contratación.

8.^a) *Limitación de las modificaciones del contrato para atender exclusivamente a razones imperiosas de interés general debidamente establecidas y justificadas. Los casos permitidos legalmente deberán ser claros, precisos e inequívocos.*

Las modificaciones pueden llegar a desvirtuar la esencia del contrato inicial y alterar seriamente las condiciones de eficiencia conseguidas. Es por ello necesaria además de una regulación precisa que permita como excepción la modificación del contrato, la exigencia de la publicidad de los modificados y la introducción de su posible impugnación⁴³.

En la actualidad⁴⁴, cuando la modificación pretende adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos comple-

⁴³ Esta medida, admitida y reconocida por la STJUE de 8 de mayo de 2014. Asunto C-161/13, permitirá, no solo aportar transparencia, sino una mejor praxis al tener que explicar y justificar el ente contratante que no es una nueva adjudicación, pues podría ser anulada por los órganos de control competentes J.M. GIMENO FELIU (2014), *decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos*, Observatorio de la contratación pública, www.ocp.es.

⁴⁴ Sólo se pueden modificar los contratos del sector público cuando se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos legalmente. Las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación solo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.
- b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad.
- c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.
- d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.
- e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato (art.107 TRLCSP).

mentarios si concurren las circunstancias previstas legalmente⁴⁵. Ello supone en la práctica que el nuevo contrato se adjudique por el procedimiento negociado, restándole de nuevo competencia y eficiencia a la licitación. El anteproyecto de ley de contratos del sector público suprime la aplicación de este procedimiento respecto a las obras y servicios complementarios.

Si desde un primer momento se tiene claro que no resulta procedente la revisión de precios, debe hacerse constar en el pliego. En los casos en que se prevean fórmulas específicas de revisión de precios, éstas se han de diseñar de modo que respondan efectivamente a la finalidad de mantener el equilibrio financiero del contrato, velando especialmente por que no se produzcan modificaciones injustificadas⁴⁶.

9.^a) *Introducción de mayores exigencias en la subcontratación.* La subcontratación permite al contratista una mayor flexibilidad en su organización, lo que redundaría en una reducción de costes favoreciendo la participación de ciertas empresas en la contratación pública, en particular las PYMEs. Sin embargo, en ocasiones, la ejecución del contrato por uno o varios operadores diferentes del adjudicatario original puede dar lugar a una reducción de la competencia efectiva en la fase de licitación. Ello es así cuando ciertas empresas que podrían acudir al proceso competitivo como licitadores, optan por no hacerlo prefiriendo actuar de subcontratistas, con la consiguiente relajación de las condiciones de competencia de la licitación.

10.^a) *Evaluación de la eficiencia del contrato.* No ayuda a la eficiencia del contrato la inexistencia de un organismo externo especializado que pueda evaluar, global o individualmente, la eficiencia económica y el nivel de competencia de los procedimientos contractuales. En la actualidad los órganos de contratación realizan de forma marginal algunas evaluaciones de eficiencia económica sobre las decisiones que adoptan a lo largo del expediente contractual, pero no suelen enjuiciar su adecuación económica. Estos controles deben tener tanto carácter preventivo, previo a la formalización del contrato, como *ex post*, analizando las ganancias de eficiencia obtenidas y los posibles supuestos de carácter sancionador, con vocación ejemplificadora.

⁴⁵ Artículos 171.b) y 174 b) TLCSP.

⁴⁶ Para evitar alteraciones indebidas en materia de precios y garantizar el efectivo cumplimiento del contrato, se ha de partir de una correcta estimación inicial de la retribución al contratista, atendiendo al valor real de mercado de los bienes o servicios. Si se prevé que la determinación del precio del contrato se vaya fijando en función de determinados parámetros, como las inversiones realizadas, ha de establecerse un mecanismo claro y sencillo de comprobación y control.

11.^a) *Profesionalizar el sector de la contratación pública a través de una mejor formación.* Es necesario establecer mayores exigencias de integridad, profesionalidad, y objetividad, así como una mejor cualificación profesional mediante la planificación de una estrategia que permita conseguir mayores cotas de responsabilidad de los gestores públicos, evitando a la vez y a toda costa la politización de la contratación. Esta planificación estratégica se podría llevar a cabo promoviendo una política de formación específica que permita el mayor conocimiento y, por ende, el mejor criterio práctico. Esta política de profesionalización aconseja también repensar la organización administrativa para la gestión contractual.

VII. CONCLUSIONES

En la actualidad la opinión pública y los operadores económicos solicitan de forma urgente medidas regeneradoras para mejorar las condiciones de integridad y profesionalidad en la contratación del sector público. No cabe duda que a cumplir con dicha finalidad no ayudan las elevadas barreras de entrada para participar en una licitación⁴⁷, la multiplicidad de órganos de contratación, la heterogeneidad de procedimientos⁴⁸ y las continuas reformas normativas que sufre este sector⁴⁹. El número tan elevado de tribunales de recursos contractuales admitido por el legislador español impide que pueda consolidarse una unidad de doctrina en la interpretación y aplicación de la normativa en vigor generando a la postre confusión e inseguridad jurídica.

La necesidad de mayor transparencia en la contratación pública, considerada internacionalmente como el factor fundamental para mejorar

⁴⁷ Como la exigencia de realizar determinadas inversiones y los costes económicos de información y jurídicos.

⁴⁸ En una estimación realizada por *Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation* (2011), Comisión Europea, se preveía que para el año 2011 existirían unos 250.000 poderes adjudicadores diferentes en el ámbito de la UE. Y en relación con la multiplicidad de procedimientos, se estimaban en 2009 más de 2 millones de procedimientos por año para la adjudicación de contratos públicos en el ámbito europeo.

⁴⁹ Las constantes reformas de la contratación pública además de inseguridad jurídica y de contradicciones en la política del Estado con la Unión Europea y las Comunidades Autónomas, obligan a un constante y fallido intento de actualización y puesta al día por parte de los colectivos afectados. Esta inseguridad y confusión demandan con urgencia una nueva ley de contratos del sector público clarificadora, precisa, estable y sencilla que incorpore a nuestro ordenamiento interno de forma correcta el contenido de las nuevas Directivas de 2014 y ponga fin al desorden actual.

adicionalmente la eficiencia de las Administraciones públicas⁵⁰, implica necesariamente que el órgano de contratación se vea obligado a consultar al menos a tres empresas para poder celebrar un contrato menor, salvo que el objeto contractual sólo pueda ser ejecutado por un único empresario. Se trata con ello de abrir el mercado de los contratos menores con gran dimensión práctica en nuestro país.

El interés general requiere una contratación pública dotada de previsibilidad, certeza y seguridad jurídica. Sería necesario eliminar la confusión reinante en el diseño del régimen jurídico según la consideración legal del ente contratante: distintos trámites y procedimientos, distintos plazos, diferente documentación, distinta forma de control, etc., que ha introducido innecesarias dosis de inseguridad jurídica conduciendo a una dispersión normativa y a una fragmentación de la contratación pública. El contenido normativo de la Directiva 2014/24/UE debería servir de referencia también para los contratos del sector público que por su cuantía no superasen los umbrales establecidos para su aplicación. Ello impediría regulaciones con efectos contrarios a los principios, reglas y fines de la contratación pública.

Un sector público eficaz y eficiente, al servicio objetivo de los intereses generales está obligado por mandato constitucional y legal a asignar de forma equitativa y transparente los recursos públicos bajo los principios de eficiencia y economía. Si se quiere restaurar la credibilidad y la confianza de la sociedad con la actuación de los poderes públicos las actuaciones contractuales del sector público en todas sus fases, sea quien sea el ente contratante, el tipo de contrato, y la cuantía del mismo, deben estar presididas e impregnadas por los principios que desde hace mucho tiempo obligan jurídicamente al órgano de contratación. Una actuación continuada en esta dirección permitiría recuperar la credibilidad y la confianza perdida.

⁵⁰ Mayor transparencia en la Administración significa: a) mayor previsibilidad de su actuación y mayor seguridad jurídica, con los consiguientes incentivos de los operadores, nacionales y extranjeros, a participar de forma más decidida en las licitaciones públicas; b) facilita el control interno al órgano de contratación; c) fomenta la estandarización en las diferentes categorías de contratos y en las diferentes partidas de gastos; y d) favorece el acceso a la licitación y, por consiguiente, incrementa el número de operadores económicos interesados en acudir a la licitación.

10.

LA EFICIENCIA ENERGÉTICA EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

JUAN JOSÉ LAVILLA RUBIRA
Letrado de las Cortes Generales
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid
Abogado Clifford Chance

Sumario: *I. Planteamiento. II. Régimen Jurídico. III. Medidas Transversales. 3.1. Exigencia de que los Bienes que se Adquieran Tengan los Más Elevados Niveles Posibles de Eficiencia Energética. 3.2. La Eficiencia Energética como Criterio de Adjudicación de los Contratos del Sector Público. IV. Contratos de Servicios Energéticos, de Eficiencia Energética o de Rendimiento Energético. V. Consideraciones Finales.*

I. PLANTEAMIENTO

1. El incremento de la eficiencia energética (“EE”) – esto es, la reducción del consumo de energía¹ – sirve a objetivos de interés público de

¹ En términos precisos, el artículo 2.4 de la Directiva 2012/27/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se

extraordinaria relevancia: contribuye a mejorar la seguridad del abastecimiento, reduciendo las necesidades de importación de energía – objetivo este particularmente importante para España, que continúa siendo en gran medida, no obstante el incremento de las interconexiones internacionales, una isla energética, con limitadas fuentes propias de abastecimiento; tiene positivos efectos medioambientales, en la medida en que contribuye a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y, con ello, a mitigar el cambio climático; al minorar el importe de la factura energética, es un eficaz instrumento de lucha contra la pobreza energética, coadyuvando asimismo a paliar los efectos de la crisis económica y al incremento de la competitividad de la industria; en fin, genera de por sí un nuevo sector industrial y de servicios en el que existen numerosos empleos de alta calidad².

En atención a tales fines, el aumento de la EE constituye un principio básico de la política energética y económica de la Unión Europea (“UE”), que incluye entre los objetivos principales de la denominada “*Estrategia Europa 2020*” el consistente en ahorrar en el año 2020 un 20% en el consumo de energía primaria en la UE en comparación con los valores previstos. Tal objetivo se codifica en el artículo 1.1 de la DEE, que, adicionalmente, se dirige a “*preparar el camino para mejoras ulteriores de eficiencia energética más allá de ese año*” 2020.

Concordemente con ello – y como ciertamente no podía ser de otra manera–, el incremento de la EE es también un principio básico de la política energética y económica española, al servicio del cual se ha instrumentado una amplísima panoplia de actuaciones públicas que se programan y sistematizan en el Plan Nacional de Acción de Eficiencia Energética 2014-2020. Tal principio tiene, por lo demás, carta de naturaleza jurídico-positiva, en la medida en que el artículo 3.5 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (“LES”), incluye el “*ahorro y eficiencia energética*” entre los principios que han de guiar la acción de los poderes públicos en sus respectivos ámbitos de competencia para impulsar la sostenibilidad de la economía española, añadiendo que tales ahorro y eficiencia “*deben contribuir a la sostenibilidad propiciando la reducción de costes, atenuando la dependencia energética y preservando los recursos naturales*”.

2. Ahora bien, no se trata sólo de que toda la acción de los poderes públicos, con carácter general, haya de servir, entre otros, al principio de

derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE (“DEE”), define la eficiencia energética como “*la relación entre la producción de un rendimiento, servicio, bien o energía, y el gasto de energía*”.

² El texto sigue en gran medida la descripción de los positivos efectos del incremento de la EE contenida en el Considerando 1 de la DEE.

EE. Es que, adicionalmente, aquella específica parte de la acción pública que se instrumenta mediante la disposición de fondos públicos – esto es, el gasto público – está sujeta, por imperio nada menos que constitucional, al criterio de eficiencia (artículo 31.2 de la Norma Fundamental), el cual, lógicamente, se impone asimismo a la sumamente relevante porción del gasto público que tiene lugar a través de la contratación del sector público. En efecto, el artículo 1 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (“TRLCSP”), incluye entre sus objetivos el de asegurar “*una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios*”³.

3. Pues bien, teniendo en cuenta lo expuesto en los números precedentes – objetivo público de incrementar la EE y sujeción de la contratación pública al principio de eficiencia–, así como el relevante peso que en el conjunto de la economía nacional tiene el gasto público y, singularmente, el canalizado por vía contractual, nada tiene de extraño que en los últimos años la EE se haya hecho presente, en niveles crecientes y desde perspectivas diversas, en el ámbito de la normativa y de la práctica de la contratación del sector público. A dar cuenta de las manifestaciones más relevantes de tal presencia se dirigen las palabras que siguen, que, después de aludir brevemente a las normas más relevantes que configuran el régimen jurídico existente en la materia (apartado II), procederán a exponer, de una parte, diversas medidas de carácter transversal – aunque no de aplicación absolutamente general – destinadas a fomentar la eficiencia en la adquisición de bienes y servicios por el sector público (apartado III) y, de otra, el régimen específico de los contratos habitualmente denominados como de servicios energéticos, de EE o de rendimiento energético concertados por aquél (apartado IV), para concluir, por último, con unas breves consideraciones finales (apartado V).

II. RÉGIMEN JURÍDICO

1. Por lo que atañe, ante todo, al Derecho europeo, destaca, en primer término y sin perjuicio de otras previsiones precedentes, la Di-

³ En la misma línea, en el Considerando 2 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, se pone de relieve que una de las finalidades de su aprobación es “*incrementar la eficiencia del gasto público*”.

rectiva 2010/30/UE⁴, que dedica a la contratación pública – junto a los incentivos – su artículo 9. Dicha Directiva parte, según se indica en su Considerando 16, de que algunos Estados miembros aplican políticas de contratación pública que obligan a las autoridades contratantes a adquirir productos eficientes energéticamente, añadiendo que la referencia a clases de rendimiento definidas por niveles para determinados productos, como se hace en los actos delegados en virtud de la propia Directiva, puede reducir la fragmentación de la contratación pública. Y, sobre tal base, y en términos ciertamente no demasiado ambiciosos, el citado artículo 9 dispone que, cuando un producto esté regulado por un acto delegado, las autoridades contratantes que suscriban contratos públicos de obras, suministro o servicios que superen los umbrales cuantitativos establecidos por la Directiva 2004/18/CE⁵ “*procurarán adquirir*” únicamente productos que cumplan los criterios de alcanzar los niveles de rendimiento máximos y de pertenecer a la clase de EE más elevada. Por consiguiente, la Directiva 2010/30/UE no impone a los poderes adjudicadores ninguna obligación en sentido estricto, debiendo además ponerse de relieve que el segundo párrafo del apartado 1 del citado artículo 9 añade que “*los Estados miembros podrán supeditar la aplicación de los citados criterios a una relación coste-eficacia, la viabilidad económica, la adecuación técnica y una competencia suficiente*”.

Mayor relevancia a efectos de la presente exposición tiene la DEE, que, partiendo del carácter ejemplarizante de la actuación del sector público⁶, impone a los Estados miembros en su artículo 6 – ahora sí, en términos jurídicamente vinculantes – el deber de garantizar que “*las Administraciones centrales*” – únicamente ellas – «*adquieran solamente productos, servicios y edificios que tengan un alto rendimiento energético, en la medida en que ello sea coherente con la rentabilidad, la viabilidad económica, la sostenibilidad en un sentido más amplio, la idoneidad técnica, así como una competencia suficiente*”, y todo ello conforme a las disposiciones concretas contenidas en su Anexo III. Por otra parte, debe mencionarse el artículo 18 de la propia DEE conforme al cual – entre otras

⁴ Directiva 2010/30/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, sobre la indicación del consumo de energía y otros recursos, por parte de los productos relacionados con la energía, mediante el etiquetado y una información normalizada.

⁵ Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

⁶ En su Considerando 19 se señala que “*las Administraciones centrales que firmen contratos de obras, suministros o servicios deben dar ejemplo y tomar decisiones de compra eficientes en cuanto a la energía*”. Por otra parte, y en la misma línea, el artículo 5 de la propia DEE está rubricado “*Función ejemplarizante de los edificios de los organismos públicos*”.

previsiones – los Estados miembros han de apoyar al sector público en la asunción de ofertas de servicios energéticos, en particular para la reforma de edificios, facilitando modelos de contrato e información sobre prácticas idóneas para la contratación de rendimiento energético [apartado 1.d)].

2. Por último, en el ámbito europeo deben mencionarse las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE⁷, que, al regular los criterios de adjudicación de los contratos por ellas disciplinados, mencionan el cálculo del coste del ciclo de vida, el cual ha de tener en cuenta, entre otros costes, el consumo de energía (artículos 68.1.a).(ii) y 83.1.a).(ii), respectivamente).

Por lo que atañe, en segundo término, al ordenamiento español, ha de aludirse, ante todo, al Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, sobre medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo (“RDL 6/2010”), que dedicó sus artículos 19 y 20 a las empresas de servicios energéticos y a las especialidades en la contratación de las mismas en el sector público, respectivamente. El primero de tales preceptos define tanto las empresas de servicios energéticos como tales servicios y ordena al Gobierno la aprobación de un plan específico para impulsar aquéllas que contemple de forma particular un programa concreto para las Administraciones Públicas. Y el segundo adopta diversas medidas procedimentales encaminadas a facilitar la contratación por el sector público de las citadas empresas.

En segundo lugar, ha de hacerse referencia a la LES, que, además de configurar, según se puso anteriormente de relieve, al ahorro y la eficiencia energética como principio general inspirador de la actuación de los poderes públicos (artículo 3.5), contiene previsiones específicas relativas a la inclusión de la EE dentro de los criterios de adjudicación de los contratos que concierten las sociedades mercantiles estatales y las entidades públicas empresariales adscritas a la Administración General del Estado [artículo 35.2.d)]; a la celebración por tales entidades de contratos de servicios energéticos [artículo 35.2.e)]; a los requerimientos mínimos de calificación energética que habrán de respetar en determinadas adquisiciones las entidades contratantes integradas en el sector público estatal (artículo 85.2); y a la adquisición por el sector público de vehículos de transporte por carretera (artículos 105 y 106).

Debe mencionarse igualmente la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma adminis-

⁷ La primera de las Directivas citadas en el texto fue ya mencionada anteriormente. Por lo que se refiere a la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, tiene por objeto la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y la derogación de la Directiva 2004/17/CE.

trativa, que, según señala su Disposición Final Séptima, traspone al ordenamiento español el artículo 6 de la DEE, trasposición que se llevó a cabo – en los términos que después se expondrán – en su Disposición Adicional Decimotercera (“DA 13”), rubricada “*Eficiencia energética en las adquisiciones de las Administraciones Públicas integradas en el Sector Público Estatal*”, así como en su Anexo.

Por lo demás, y adicionalmente a las previsiones en materia de EE contenidas en el TRLCSP, a las que se hará posterior referencia, no puede dejar de aludirse, aunque carece de naturaleza normativa, a la acción en la materia llevada a cabo por el Instituto para la Diversificación y el Ahorro de Energía (IDAE), que ha elaborado diversos documentos que han coadyuvado relevantemente a la creciente presencia de la EE en la contratación pública, incluyendo modelos de contratos de servicios energéticos susceptibles de ser concertados por las entidades incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación del TRLCSP.

III. MEDIDAS TRANSVERSALES

3.1. Exigencia de que los bienes que se adquirieran tengan los más elevados niveles posibles de eficiencia energética

1. Con el precedente constituido por la LES (en particular, los anteriormente mencionados artículos 85.2 y 105 y 106), el régimen jurídico de la materia enunciada en el epígrafe se contiene, fundamentalmente, en la también mencionada DA 13 de la Ley 15/2014, en relación con la cual deben formularse las consideraciones que se contienen en los números siguientes.

2. Por lo que se refiere, en primer término, al ámbito subjetivo de aplicación de la obligación impuesta por la DA 13 de la Ley 15/2014, quedan sujetas a ella sólo las Administraciones Públicas enumeradas por el artículo 3.2 del TRLCSP – con exclusión, por consiguiente, de las restantes entidades, tengan forma jurídico-pública o jurídico-privada de personificación y sean o no poderes adjudicadores, que forman parte del sector público pero no constituyen Administraciones Públicas conforme al citado precepto. Más aún, sólo las Administraciones Públicas que pertenezcan al sector público estatal quedan sometidas a la obligación a la que se aludirá seguidamente, con exclusión, por ende, de las Administraciones Públicas integradas en los sectores públicos autonómicos y locales⁸.

⁸ Respecto de las entidades de los aludidos sectores públicos autonómicos y lo-

Por otra parte, y por lo que atañe igualmente a la perspectiva subjetiva, la letra e) del Anexo de la Ley 15/2014 impone a las Administraciones Públicas del sector público estatal la obligación de exigir, en sus licitaciones para adjudicar contratos de servicios, que los nuevos productos que los prestadores del servicio adquieran total o parcialmente para los fines del mismo cumplan los requisitos a los que se aludirá posteriormente. Aunque no se dispone así expresamente, debe entenderse, en virtud del párrafo segundo del apartado 1 de la DA 13 de la Ley 15/2014, que esta obligación únicamente es exigible en relación con los contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a los umbrales establecidos por el artículo 16 del TRLCSP.

3. Desde el punto de vista objetivo, las obligaciones a las que se aludirá en el número siguiente únicamente se aplican a determinados tipos de contratos, comprendidos, en primer término, *“los contratos de suministro, de servicios y de obras cuyo resultado sea la construcción de un edificio, siempre que tales contratos sean de un valor estimado igual o superior a los umbrales de los contratos que determinan la sujeción a una regulación armonizada establecidos en los artículos 14, 15 y 16 del [TRLCSP]”*. Así lo dispone el citado segundo párrafo de la DA 13.1 de la Ley 15/2014, en términos que, por lo que atañe a los contratos de servicios, dan lugar a que únicamente sea aplicable dicha DA 13 a los contratos comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II del TRLCSP, dado que sólo ellos – y no los integrados en las restantes categorías del citado Anexo II – quedan sujetos a regulación armonizada cuando su valor estimado sea igual o superior a los previstos por el citado precepto.

Por otra parte, y en virtud asimismo del segundo párrafo de la DA 13.1 de la tantas veces citada Ley 15/2014, el régimen establecido en ella se aplica también a la adquisición y al arrendamiento de edificios, contratos estos de carácter patrimonial que tienen siempre el carácter de privados y están excluidos del ámbito objetivo de aplicación del TRLCSP (artículo 4.1.p) de éste).

4. Con carácter general, los sujetos aludidos en el número 2 tienen, en relación con los contratos mencionados en el número 3, la obligación de adquirir solamente – sin perjuicio de las limitaciones a las que se aludirá después – *“bienes, servicios y edificios que tengan un alto rendimiento energético”* (DA

cales, la DA 13.3, párrafo primero, de la Ley 15/2014 se limita a ordenar al Ministerio de Industria, Energía y Turismo que impulse actuaciones encaminadas a conseguir que aquéllas adquieran bienes, servicios y edificios con alto rendimiento energético, pero sin imponer ninguna obligación directamente a tales entidades.

13.1), conforme a lo establecido en el Anexo de la propia Ley 15/2014 (primer párrafo de su apartado 1).

En concreto, el citado Anexo, plenamente concorde con el Anexo III de la DEE, contiene en síntesis las previsiones siguientes:

- a) Cuando el producto a adquirir esté cubierto por un acto delegado adoptado en virtud de la Directiva 2010/30/UE o de la Directiva de la Comisión por la que se aplica ésta, únicamente cabrá adquirir los productos que cumplan los criterios de pertenencia a la clase de eficiencia energética más alta posible (la letra a) del Anexo, en la que se contiene esta previsión, menciona expresamente el límite consistente en la que ha de tenerse en cuenta la necesidad de garantizar una competencia suficiente, pero no parece que la mención específica de esta restricción excluya la aplicación de las restantes que con carácter general establece la DA 13.1 y a las que se aludirá en el número siguiente).
- b) Por el contrario, cuando el producto no esté cubierto por la letra anterior pero sí por una medida de ejecución adoptada tras la entrada en vigor de la DEE con arreglo a la Directiva 2009/125/CE, sólo podrán adquirirse productos que cumplan los niveles de eficiencia energética especificados en dicha medida de ejecución.
- c) En tercer lugar, únicamente podrán adquirirse productos de equipo ofimático cubiertos por la Decisión 2006/1005/CE que cumplan requisitos de eficiencia energética no menos exigentes que los indicados en el Anexo C del Acuerdo adjunto a dicha Decisión.
- d) Existen asimismo reglas específicas en relación con los neumáticos, ya que sólo pueden adquirirse aquéllos que cumplan el criterio de tener, en términos de consumo de carburante, la clase de eficiencia energética más alta definida en el Reglamento (CE) n.º 1222/2009, sin perjuicio de la posibilidad de adquirir neumáticos de las clases más altas de adherencia en superficie mojada o de ruido de rodadura externa cuando ello se justifique por razones de seguridad o salud pública.
- e) Por lo que atañe, por último, a la adquisición y el arrendamiento de edificios, éstos habrán de contar con la calificación C para los indicadores de demanda energética de calefacción,

demanda energética de refrigeración y consumo de energía primaria no renovable, no siendo, sin embargo, de aplicación tales exigencias en el caso de que la finalidad de la adquisición o el arrendamiento sea una de las previstas por el último párrafo de la letra f) del Anexo de la Ley 15/2014, esto es: la renovación en profundidad o la demolición del edificio; su devolución al tráfico jurídico sin ser ocupado por las Administraciones Públicas del sector público estatal; o su preservación como edificio protegido oficialmente o como parte de un entorno declarado protegido oficialmente, o por razón de su particular valor arquitectónico o histórico.

5. En fin, a los notables obstáculos para la eficacia del régimen establecido por la DA 13 de la Ley 15/2014 que resultan de las limitaciones existentes en sus ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación se suman las restricciones de índole sustantiva contenidas en las últimas palabras de la DA 13.1, primer párrafo, de dicha Ley. En efecto, la obligación de adquirir bienes, servicios y edificios que tengan un alto rendimiento energético solamente opera *“en la medida en que ello sea coherente con la rentabilidad, la viabilidad económica, la sostenibilidad en un sentido más amplio, la idoneidad técnica, así como una competencia suficiente”*. Naturalmente, no puede dejar de ponerse de relieve el alto grado de indeterminación de algunas de las expresiones transcritas – singularmente, de la referencia a *“la sostenibilidad en un sentido más amplio”*–, que de hecho otorgará a las Administraciones Públicas afectadas un considerable margen de apreciación en la adopción de su decisión acerca del cumplimiento o no de la obligación considerada. Ello sin perjuicio de que parece exigible, aunque solamente sea en virtud de la aplicación directa o analógica del artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que se motive la decisión que en su caso se adopte de adquirir bienes, servicios y edificios que no cumplan las exigencias precisadas en el Anexo de la Ley.

Por otra parte, el apartado 2 de la misma DA 13 contiene, en relación con los contratos de las Fuerzas Armadas, una limitación aún más genérica, pues dispone que la obligación establecida en el apartado 1 únicamente será aplicable a tales contratos *“en la medida en que su aplicación no dé lugar a conflicto alguno con su naturaleza y con los objetivos básicos de sus actividades”*. Ello al margen de que la obligación no se aplica en términos absolutos a los contratos de suministro de equipo militar, entendiendo por tal el equi-

po específicamente diseñado o adaptado para fines militares destinado a ser utilizado como armas, municiones o material de guerra, cuya contratación está regulada por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y seguridad.

3.2. La eficiencia energética como criterio de adjudicación de los contratos del sector público

1. La inclusión de la EE entre los criterios de adjudicación de los contratos del sector público ya se previó, según se anticipó, por la LES, cuyo artículo 35.2.d) impuso a las sociedades mercantiles estatales y a las entidades públicas empresariales adscritas a la Administración General del Estado el deber de adaptar sus planes estratégicos, en el plazo de un año desde su entrada en vigor, para valorar en los criterios de adjudicación de los contratos, “*cuando su objeto lo permita, y estas condiciones estén directamente vinculadas al mismo*”, el “*uso eficiente (...) de la energía*”.

2. Por su parte, el TRLCSP alude a esta materia en su artículo 150, concerniente a los criterios de valoración de las ofertas en los contratos que concierten las Administraciones Públicas – esto es, las entidades enumeradas por su artículo 3.2. En particular, y después de establecer con carácter general que los criterios de adjudicación han de estar “*directamente vinculados al objeto del contrato*” (apartado 1), el citado precepto señala que procederá la aplicación de más de un criterio, en particular y entre otros, en los “*contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, en cuya adjudicación se valorarán condiciones ambientales mensurables*”, entre las que se incluye “*el uso eficiente de (...) la energía*” [apartado 3.h)]. Esta previsión es, por lo demás, aplicable también, en virtud del artículo 190 del TRLCSP, a los contratos sujetos a regulación armonizada que adjudiquen los poderes adjudicadores que no tengan carácter de Administración Pública [a los que se refiere el artículo 3.3 del TRLCSP en sus letras b) y c)]. Por lo demás, debe destacarse – también en este caso – la notable indeterminación de las expresiones mediante las que se delimita el ámbito objetivo de aplicación de esta previsión, pues se alude al efecto, según se acaba de poner de relieve, a los contratos cuya ejecución “ *pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente*”, fórmula que deja *de facto* un amplio margen de apreciación a la Administración en su aplicación a los supuestos concretos⁹.

⁹ El Borrador de Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, fechado

Por otra parte, la aludida previsión del TRLCSP ya ha generado polémica en algún caso. Así, habiéndose licitado por el Ayuntamiento de Madrid un contrato de servicios de mantenimiento integral de determinados edificios e instalaciones en el que se preveía, como criterio de adjudicación que ponderaba un 15%, la adopción de medidas de EE (comprendida, con una ponderación del 7,5%, la inclusión de sistemas de telegestión y/o equipos generadores de energía eficiente), y habiéndose cuestionado por una asociación cuyo objeto es la promoción y defensa de la libre competencia en los sectores de mantenimiento integral y servicios energéticos la corrección jurídica de dicho criterio, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid resolvió en sentido favorable a aquélla, por entender que el aludido criterio tiene amparo en el artículo 150 del TRLCSP y está directamente vinculado al objeto del contrato¹⁰.

IV. CONTRATOS DE SERVICIOS ENERGÉTICOS, DE EFICIENCIA ENERGÉTICA O DE RENDIMIENTO ENERGÉTICO

1. Diversas son las previsiones normativas que han promovido la concertación por las entidades integradas en el sector público de los contratos aludidos en el epígrafe, con la finalidad, de una parte, de reducir el gasto público y, de otra, de satisfacer los relevantes objetivos públicos aludidos en el apartado I.

Así, en el ámbito europeo, debe mencionarse la DEE, que, adicionalmente al ya citado artículo 18.1.d), dispone en su artículo 6.3 que *“los Estados miembros animarán a los organismos públicos a evaluar, en los procedimientos de licitación para contratos de servicios con una componente energética importante, la posibilidad de celebrar contratos de rendimiento energético a largo plazo que ofrezcan un ahorro de energía a largo plazo”*.

Por otra parte, por lo que atañe al ámbito nacional, ya el artículo

el día 17 de abril de 2015, mediante el que, entre otras finalidades, se traspone la Directiva 2014/24/UE y, parcialmente, la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, recoge en su artículo 145.7.h) el contenido del actual artículo 150.3.h) del TRLCSP. Por otra parte, el artículo 146.2.a).2º del citado Borrador incluye *“el consumo de energía”* entre los costes que han de tenerse en cuenta a efectos de calcular el coste del ciclo de vida de un producto, obra o servicio, el cual, a su vez, constituye un posible criterio de adjudicación conforme al apartado 3 del artículo 145.

¹⁰ Resolución de 27 de noviembre de 2014, dictada en el recurso 189/2013 (JUR/2014/254581).

19.3 del RDL 6/2010 encomendó al Gobierno – según se puso anteriormente de relieve – la aprobación de un “*plan específico de impulso de las empresas de servicios energéticos contemplando de forma particular un programa concreto para las Administraciones Públicas*”. En la misma línea, el artículo 35.2.e) de la LES menciona, entre los objetivos de los planes estratégicos de las sociedades mercantiles estatales y de las entidades públicas empresariales adscritas a la Administración General del Estado, el consistente en “*optimizar el consumo energético de sus sedes e instalaciones celebrando contratos de servicios energéticos que permitan reducir el consumo de energía, retribuyendo a la empresa contratista con ahorros obtenidos en la factura energética*”. En fin, el segundo párrafo de la DA 13.3 de la Ley 15/2014 obliga a los Ministerios de Industria, Energía y Turismo y de Hacienda y Administraciones Públicas a llevar a cabo “*las actuaciones necesarias para facilitar que los órganos de contratación, en las licitaciones para contratos de servicios con una componente energética importante, puedan valorar la posibilidad de celebrar contratos de rendimiento energético a largo plazo*”. Y, como antes se apuntó, el IDAE ha adoptado diversas medidas concretas encaminadas a cumplir el mandato del legislador.

2. Por lo que atañe, por otra parte, al concepto de este contrato (denominado de formas diversas tanto normativamente como en la práctica: de EE, de servicios energéticos, de rendimiento energético), se trata de una figura que ampara contenidos obligacionales distintos, pero cuyos elementos esenciales pueden reconducirse a (i) la finalidad – causa en sentido técnico – de obtener un ahorro energético para la entidad del sector público que concierne el contrato, (ii) la asunción por parte del contratista de la obligación de realizar actuaciones – de muy diversa índole – encaminadas a procurar ese ahorro y (iii) la asunción por parte de la entidad contratante de la obligación de abonar al contratista una retribución que, al menos parcialmente, debe ser determinada en función del ahorro efectivamente obtenido.

Las definiciones normativas del contrato considerado recogen, de una u otra forma, tanto los citados elementos esenciales cuanto la característica flexibilidad de esta figura. Así, el artículo 2.27 de la DEE define el contrato de rendimiento energético en estos términos:

“todo acuerdo contractual entre el beneficiario y el proveedor de una medida de mejora de la [EE], verificada y supervisada durante toda la vigencia del contrato, en el que las inversiones (obras, suministros o servicios) en dicha medida se abonan respecto de un nivel de mejora de la [EE] acordado contractualmente o de otro criterio de rendimiento energético acordado, como, por ejemplo, el ahorro financiero.”

En términos no lejanos, el artículo 19.2 del RDL 6/2010 caracteriza el servicio energético objeto de los contratos de servicios energéticos a

suscribir por las entidades del sector público – y también del privado – de la forma siguiente:

“(…) consistirá en un conjunto de prestaciones incluyendo la realización de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para optimizar la calidad y la reducción de los costes energéticos. Esta actuación podrá comprender además de la construcción, instalación o transformación de obras, equipos y sistemas, su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión derivados de la incorporación de tecnologías eficientes. El servicio energético así definido deberá prestarse basándose en un contrato que deberá llevar asociado un ahorro de energía verificable, medible o estimable.”

Por otra parte, el apartado I del mismo artículo 19 del RDL 6/2010 dispone, al definir las empresas de servicios energéticos, que las mismas afrontan *“cierto grado de riesgo económico”*, en la medida en que *“el pago de los servicios prestados se base, ya sea en parte o totalmente, en la obtención de ahorros de energía por introducción de mejoras de la [EE].”*

3. Por lo que atañe al contenido de estos contratos, la práctica muestra – como trasunto de la flexibilidad de las definiciones normativas – la existencia de una notable variedad en la determinación de las obligaciones concretas asumidas por las partes – con respeto en todo caso a los elementos esenciales anteriormente identificados.

Así, por lo que atañe al contratista, la genérica obligación de realizar actuaciones que entrañen un ahorro energético para la entidad contratante se traduce en un conjunto muy heterogéneo de prestaciones, que, en la práctica, y teniendo en cuenta los modelos contractuales elaborados por el IDEA y las Recomendaciones de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (“JCCA”)¹¹, pueden reconducirse – con la inherente elevada dosis de convencionalismo asociada a cualquier clasificación – a dos grandes grupos de contratos:

- a) Los denominados contratos P4, en los que el contratista se compromete a realizar las cuatro prestaciones siguientes: (i) la gestión energética, esto es, la gestión necesaria para el funcionamiento correcto de las instalaciones objeto del contrato (gestión del suministro energético de combustibles y electricidad de todo el edificio, control de calidad, cantidad y uso y garantía de aprovisionamiento); (ii) el mantenimiento, esto es, el man-

¹¹ Recomendación de la JCCA de 23 de julio de 2009 sobre modelo de documento descriptivo de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la prestación de servicios energéticos en edificios públicos, y Recomendación de la JCCA de la misma fecha sobre modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares para la prestación de suministro de energía y gestión energética en edificios públicos.

tenimiento preventivo para lograr el perfecto funcionamiento y limpieza de las instalaciones con todos sus componentes, así como la permanencia en el tiempo de su rendimiento al valor inicial; (iii) la garantía total, esto es, la reparación de las instalaciones con sustitución de todos los elementos deteriorados; y (iv) las obras de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de energía.

- b) En segundo término, los denominados contratos P5, en los que a las cuatro prestaciones aludidas en la letra precedente se añade una quinta, relativa a la realización de inversiones en ahorro energético y energías renovables, que tiene como objetivo promover la mejora de la EE mediante la incorporación, mejora o renovación de equipos e instalaciones que la fomenten, así como la incorporación de energías renovables, incluyendo la posibilidad de financiar, mediante los ahorros conseguidos, proyectos de ahorro energético y energías renovables para alcanzar un mayor ahorro económico¹².

En la práctica internacional se suelen distinguir, desde otra perspectiva, (i) el *Energy Supply Contracting* (ESC), que se centra en el suministro de servicios energéticos (calefacción, alumbrado, fuerza motriz, etc.), generalmente mediante la subcontratación del suministro de energía, ofreciendo el contratista una garantía de rendimiento de las instalaciones, y (ii) el *Energy Performance Contracting* (EPC), centrado en los objetivos de ahorro energético (con dos modalidades: ahorros compartidos y ahorros garantizados), en el que el contratista examina la instalación, evalúa el valor de ahorro energético que podría conseguirse y ofrece la implantación del proyecto con unos determinados niveles de ahorro.

Por último, la obligación de la entidad contratante consiste, fundamentalmente, en el pago del precio pactado, que, según se ha indicado, se referencia, total o parcialmente, a la efectiva consecución de los ahorros previstos.

4. Considerando la diversidad de las prestaciones a las que puede obligarse el contratista, no debe extrañar el hecho de que los contratos de servicios energéticos se califiquen en la práctica de formas diversas, de las que las más frecuentes son contratos mixtos de suministros y servicios (artí-

¹² En ocasiones se prevé la realización por el contratista de una sexta prestación. Así, en el contrato al que se refiere la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 285/2015, de 30 de marzo de 2015, se preveía una “prestación P6- Control de Calidad y Gestión Energética”.

culo 12, en relación con los artículos 9 y 10, todos del TRLCSP) y contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (artículo 11 del mismo cuerpo normativo). Ambas opciones se mencionan expresamente en el Plan Nacional de Acción de Eficiencia Energética 2014-2020¹³, y la posibilidad de acudir el contrato de colaboración se contempla por el artículo 20.2 del RDL 6/2010. Por su parte, el Informe 59/11, de 1 de marzo de 2012, de la JCCA, alude, además, al contrato de servicios, no pudiendo descartarse tampoco la posibilidad de que en algún caso la calificación procedente sea la de contrato administrativo especial o simplemente la de contrato de suministro.

5. Por otra parte, se ha planteado la cuestión de la compatibilidad o no del sistema de determinación de la retribución del contratista anteriormente aludido – en función, total o parcialmente, del ahorro efectivamente producido – con el principio del precio cierto establecido por el artículo 87.1 del TRLCSP. El citado Informe 59/11 de la JCCA responde en sentido afirmativo, siempre que el ahorro de energía sea, como establece el artículo 19.2 del RDL 6/2010, “*verificable, medible o estimable*”. Y, efectivamente, tal parece el criterio correcto, considerando las previsiones existentes en punto a la determinabilidad – por oposición a la determinación presente – del objeto de los contratos en general (artículo 1.273 del Código Civil) y del precio del contrato de compraventa en particular (artículo 1.447 del propio Código Civil), así como la existencia en el TRLCSP de diversas disposiciones que admiten precios determinables (así, artículos 281.1 y 302, relativos, respectivamente, a los contratos de gestión de servicios públicos y a los contratos de servicios).

6. Por último, se ha planteado también la cuestión de cuál debe ser el objeto de la garantía a constituir por el contratista en los contratos de EE, habiendo señalado la JCCA en su Informe 1/13, de 25 de julio de 2014, que, puesto que tales contratos conllevan la prestación de un servicio de mantenimiento, la realización de inversiones y el suministro de energía, el importe de la garantía deberá, en principio, extenderse a todas las señaladas prestaciones, sin perjuicio de la posibilidad de que el órgano de contratación exima al adjudicatario de la obligación de constituir la parte de la garantía relativa al suministro, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 95.1 del TRLCSP, y sin perjuicio asimismo de que, una vez realizadas las inversiones, se pueda cancelar la parte del aval correspondiente a las mismas a solicitud del contratista.

¹³ Página 80 de la versión de 30 de abril de 2014.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Como se avanzó en las palabras introductorias de la presente exposición, la presencia de la EE en la contratación del sector público es variada y de intensidad creciente. Forzoso es reconocer, en efecto, los sustanciales avances que se han producido en el plano normativo y también – aunque en menor medida – en la práctica administrativa. Pero también es necesario poner de relieve las insuficiencias existentes, en particular en lo atinente a la obligación de adquirir productos de alto rendimiento energético, respecto de la que el legislador español se ha limitado a una trasposición estricta de la DEE – la cual, sin embargo, opera solamente como un mínimo: artículo 1.2–, pareciendo legítimo plantearse la posibilidad de ampliar los ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación de dicha obligación y siendo en todo caso imprescindible que se haga un uso prudente – y sometido a estricto control judicial – de las genéricas limitaciones normativamente impuestas a aquélla. No parece en todo caso aventurado pronosticar que la EE tendrá, desde las perspectivas aquí examinadas, un peso creciente en la contratación del sector público. A poner de relieve los avances ya producidos y a destacar la pertinencia de continuar avanzando en el proceso se han dirigido las palabras precedentes, que con esto llegan a su fin.

IV

AS REFORMAS NO EMPREGO PÚBLICO

(Página deixada propositadamente em branco)

11.

A RELAÇÃO DE EMPREGO PÚBLICO: NÓTULAS SOBRE AS PRINCIPAIS VICISSITUDES DA SUA EVOLUÇÃO RECENTE E (ALGUMAS) INCOERÊNCIAS DO REGIME

LICÍNIO LOPES MARTINS

Professor Auxiliar de Direito Público

Universidade de Coimbra

Sumário: *I. O regime “clássico” da relação de emprego público. 1.1. A progressiva generalização do contrato de trabalho e a jurisprudência do Tribunal Constitucional. II. A definitiva generalização do contrato individual de trabalho. III. A Lei n.º 12-A/2008 e a criação de uma nova figura no direito do emprego público: o contrato de trabalho em funções públicas. IV. A lei geral do trabalho em funções públicas e a novidade das “bases do regime e âmbito da função pública”. 4.1. A novidade das “Bases do regime e âmbito da função pública”. 4.2. Síntese da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre as bases gerais da função pública. 4.3. Uma ampla regulamentação da relação de emprego público e as remissões para o Código do Trabalho. 4.4. A incoerência estrutural e conceptual do regime. 4.5. A “deslegalização” regulamentar e convencional de aspectos essenciais. 4.6. A remissão para instrumentos de regulamentação colectiva. 4.7. Extinção do vínculo: a diferenciação de regimes.*

I. O REGIME “CLÁSSICO” DA RELAÇÃO DE EMPREGO PÚBLICO

No período anterior à Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, o regime-base de constituição, modificação e extinção da relação jurídica de emprego na Administração Pública constava do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, que definia o regime de constituição, modificação e extinção da relação jurídica de emprego na Administração Pública¹, e do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, que estabelecia os princípios gerais em matéria de emprego público, remunerações e gestão de pessoal da função pública.

A relação jurídica de emprego na Administração Pública constituía-se, em regra, por nomeação e, excepcionalmente, por contrato de pessoal (artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho e artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro)².

O contrato de pessoal era admitido num reduzido número de situações e apenas para constituir relações transitórias de trabalho subordinado, assumindo as seguintes modalidades (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 184/89): o contrato administrativo de provimento e o contrato de trabalho a termo certo.

Mas esta segunda modalidade (o contrato de trabalho a termo certo) era tida como excepcional, não apenas relativamente ao acto administrativo de nomeação, mas também em relação ao próprio contrato administrativo de provimento, pois, por imposição do regime legal, o exercício transitório de funções de carácter subordinado de duração previsível que não pudessem ser desempenhadas por nomeados ou contratados em regime de direito administrativo poderia, excepcionalmente, ser assegurado por pessoal a contratar segundo o regime do contrato de trabalho a termo certo (artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 184/89).

Quanto ao regime do contrato de trabalho a termo certo, verificava-se uma remissão, praticamente em bloco, para a lei geral do trabalho: o contrato a termo obedecia ao disposto na lei geral do trabalho sobre contratos de trabalho a termo, salvo no que respeitava à renovação, a qual deveria ser expressa e não podia ultrapassar os prazos estabelecidos na lei geral quanto à duração máxima dos contratos a termo.

¹ Alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 407/91, de 17 de Outubro, 102/96, de 31 de Julho, e 218/98, de 17 de Julho, e pela Lei n.º 19/92, de 13 de Agosto.

² Para uma síntese do regime da relação de emprego público no período anterior à Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, Pedro Costa GONÇALVES e Licínio Lopes MARTINS, “O regime das carreiras de pessoal na Administração Pública portuguesa – Notas gerais”, in *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública*, ano 1, n.º 3, Editora Fórum, Brasil, 2012, pp. 95-117.

1.1. A progressiva generalização do contrato de trabalho e a jurisprudência do Tribunal Constitucional

Não obstante a afirmada excepcionalidade do contrato de trabalho a termo, admitia-se, entretanto, por legislação especial ou avulsa, o contrato individual de trabalho na Administração Pública.

Alguns exemplos de diplomas legislativos bastam para testemunhar a progressiva generalização do regime do contrato individual de trabalho na Administração Pública portuguesa. Assim sucedeu, entre outros casos: com o Decreto-Lei 133/98, de 15 de Maio, que criou o Instituto Nacional de Aviação Civil; o Decreto-Lei n.º 342/99, de 25 de Agosto, que criou o Instituto Português de Conservação e Restauro e extinguiu o Instituto de José de Figueiredo; o Decreto-Lei 59/2002 de 15 de Março, que criou o Instituto Geográfico Português; e com o Decreto-Lei 96/2003 de 7 de Maio, que criou o Instituto do Desporto de Portugal.

Esta progressiva generalização do contrato individual de trabalho, casuisticamente prevista, viria a ser assumida, em termos de princípio, para as entidades com o formato de instituto público, através da Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro (Lei quadro dos institutos públicos).

Efectivamente, este diploma, no n.º 1 do seu artigo 34.º, sob a epígrafe “Pessoal”, viria a dispor que os *institutos públicos* podiam adoptar o regime do contrato individual de trabalho em relação à totalidade ou parte do respectivo pessoal, sem prejuízo de, quando tal se justificasse, adoptarem o regime jurídico da função pública.

Como resulta do texto da lei, o contrato individual de trabalho foi convertido em regime-regra da relação de emprego público nos institutos públicos, passando o regime jurídico da função pública a assumir um carácter residual e apenas podendo ser adoptado nas situações em que tal se justificasse.

Neste percurso, pouco tardaria a *generalização do contrato individual de trabalho a toda a Administração Pública*: foi o que sucedeu com a Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, que aprovou o regime jurídico do contrato individual de trabalho da Administração Pública.

Mas este contexto evolutivo do regime da relação de emprego público não foi pacífico. Diversos foram os litígios que, entretanto, emergiram, suscitando, em geral, uma problemática – interpretativa e conceitual – sobre a delimitação do “estatuto constitucional” da função pública.

Sobre o regime do Decreto-Lei 184/89, de 2 de Junho e do Decreto-Lei 427/89, de 7 de Dezembro, o Tribunal Constitucional firmou em diversos acórdãos a seguinte linha interpretativa: os princípios fundamentais do regime de constituição, modificação e extinção da relação jurídica de emprego na Administração Pública são definidos pelo Decreto-Lei 184/89, de 2 de Junho e pelo Decreto-Lei 427/89, de 7 de Dezembro, que se configuram, em conjunto, como uma *verdadeira lei-quadro nesta matéria*, abrangendo a disciplina básica neles estabelecida grande parte da Administração – mesmo descentralizada – integrada pelos institutos públicos, nas modalidades de serviços personalizados do Estado e de fundações públicas (cfr., em especial, os Acórdãos n.ºs 36/96, de 17-1 e 129/99, de 15-12).

Do regime daqueles diplomas legais resultava que a constituição de relações de emprego público por tempo indeterminado apenas poderia ocorrer, por princípio, através de concurso público de pessoal (concurso público de acesso à função pública) e, não obstante tal regime ter sido “materialmente convertido” em lei-quadro de toda a função pública pela jurisprudência do Tribunal Constitucional, o certo é que não raras vezes a utilização do contrato individual de trabalho na Administração Pública viria a desafiar aquele princípio, constatando-se a constituição de relações de trabalho por tempo indeterminado sem a precedência de concurso.

Nomeadamente através dos Acórdãos n.ºs 683/99, de 21-12, 73/2000, de 9-2, 82/2000, de 10-2, e 368/2000, de 11-7 (este com força obrigatória geral), o Tribunal Constitucional afirmou a relevância da regra constitucional do concurso como forma de acesso à função pública, pelo que a celebração dos contratos individuais de trabalho deveria ser precedida de um procedimento concursal. Igual jurisprudência seria reiterada em outros acórdãos, designadamente nos Acórdãos n.ºs 406/03, de 17-9, e 61/2004, de 27-1.

Numa breve síntese, a questão incidia sobre a apreciação da conformidade constitucional da norma do artigo 14.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, mas apenas na interpretação segundo a qual os contratos de trabalho a termo celebrados pelo Estado se convertiam em contratos de trabalho sem termo, uma vez ultrapassado o limite máximo de duração fixado na lei geral sobre contratos de trabalho a termo.

Estabelecia o n.º 3 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 427/89 que o contrato de trabalho a termo certo não conferia a qualidade de agente administrativo e que se regia pela lei geral sobre contratos de trabalho a termo, com as especificidades constantes daquele diploma. O Decreto-Lei n.º 218/98, de 17 de Junho, viria a introduzir um novo n.º 4 ao artigo 18.º

do Decreto-Lei 427/89, nos termos do qual o “contrato de trabalho a que se refere o presente diploma não se converte, em caso algum, em contrato de trabalho sem termo”.

Contudo, neste intermédio temporal (isto é, antes da citada alteração legislativa), alguma jurisprudência acolhia o entendimento de que a remissão para a lei geral sobre contratos de trabalho a termo certo envolvia a aplicação do disposto no artigo 47.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro, que aprovou o regime jurídico da cessação do contrato individual de trabalho e da celebração e caducidade do contrato de trabalho a termo.

O artigo 47.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89, sob a epígrafe “conversão do contrato”, determinava que o contrato convertia-se em contrato de trabalho sem termo se fossem excedidos os prazos de duração fixados de acordo com o disposto no artigo 44.º. O que sucedia, em regra, após três anos consecutivos de prestação de trabalho, somando-se a antiguidade do trabalhador desde o início da prestação de trabalho³.

E foi sobre esta remissão que o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 683/99, delimitou a questão da inconstitucionalidade, que transcrevemos: “... está, pois, em causa a norma que contém a remissão definidora do regime jurídico do contrato de trabalho a termo certo celebrado pelo Estado, para a lei geral sobre contratos de trabalho a termo certo, contida no artigo 14.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, interpretada no sentido de se permitir a conversão do contrato de trabalho a termo certo, celebrado com o Estado, em contrato de trabalho sem termo (por tempo indeterminado) – por aplicação, por virtude dessa remissão, do artigo 47.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro –, quando ultrapassados os respectivos limites máximos de duração total”. Com esta delimitação, o Tribunal Constitucional viria a pronunciar-se diversas vezes no sentido da inconstitucionalidade das normas dos Decretos-Lei n.º 184/89, de 2-6, e n.º 427/89, de 7-12, por violação do artigo 47.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, quando interpretadas no sentido de que os contratos de trabalho a termo celebrados pelo Estado se convertiam em contratos de trabalho sem termo.

Contudo, o Acórdão n.º 556/99 viria a “esbater” a questão da inconstitucionalidade, ao entender que, não obstante o imperativo constitucional do recurso ao concurso público para preenchimento de lugares nos quadros da função pública, o artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 46/88 surgia

³ No caso previsto na alínea e) do n.º 1 do artigo 41.º Decreto-Lei n.º 64-A/89, a conversão era determinada após dois anos consecutivos de prestação de trabalho.

como uma derrogação a este regime, a qual se justificava por obedecer a imperativos de interesse público. Pelo que a desigualdade no tratamento legislativo das situações – ou seja, no caso, na fixação dos critérios de acesso aos quadros de funcionários do Ministério da Defesa Nacional – tinha uma base constitucionalmente aceitável, que justificava a excepção à regra da realização do concurso público. Igual jurisprudência viria a ser firmada no Acórdão n.º 683/99, fixando o entendimento segundo o qual a postergação da regra de concurso de acesso à função pública carece de uma justificação material. Nestes termos, para o Tribunal Constitucional, desde que esta justificação material se revelasse constitucionalmente legítima, seria admissível, ainda que excepcionalmente, a postergação da regra do concurso.

Entretanto, como se referiu, a proibição de conversão dos contratos de trabalho a termo em contratos de trabalho por tempo indeterminado seria expressamente estabelecida no Decreto-Lei n.º 218/99, de 17-6, a qual foi replicada na Lei n.º 23/2004⁴ e, depois, no artigo 92.º, n.º 2, do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, nos termos do qual “O contrato a termo resolutivo não se converte, em caso algum, em contrato por tempo indeterminado, caducando no termo do prazo máximo de duração previsto no presente Regime ou, tratando-se de contrato a termo incerto, quando deixe de se verificar a situação que justificou a sua celebração” (n.º 2 do artigo 92.º do ANEXO I à Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro).

II. A DEFINITIVA GENERALIZAÇÃO DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

Foi na sequência do processo descrito que se chegou à generalização do contrato individual de trabalho na Administração Pública, através da Lei n.º 23/2004, de 22-7, que aprovou o regime do contrato individual de trabalho na Administração Pública.

Com este regime, as entidades públicas empregadoras passariam a ter dois quadros de pessoal:

- i) Um quadro residual para o pessoal com a qualidade de funcionário público, a extinguir quando vagar;

⁴ A Lei n.º 23/2004, no seu artigo 10.º, determinava o seguinte: “1 - O contrato de trabalho a termo resolutivo certo celebrado por pessoas colectivas públicas não está sujeito a renovação automática. 2 - O contrato de trabalho a termo resolutivo celebrado por pessoas colectivas públicas não se converte, em caso algum, em contrato por tempo indeterminado, caducando no termo do prazo máximo de duração previsto no Código do Trabalho”.

- ii) Um quadro de pessoal próprio para os trabalhadores no regime do contrato individual de trabalho.

Contudo, o período de vigência deste regime teria uma duração temporal relativamente escassa, tendo sido objecto de revogação no ano de 2008.

III. A LEI N.º 12-A/2008 E A CRIAÇÃO DE UMA NOVA FIGURA NO DIREITO DO EMPREGO PÚBLICO: O CONTRATO DE TRABALHO EM FUNÇÕES PÚBLICAS

A Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, que estabeleceu os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas, viria a instituir e a generalizar a toda a Administração Pública a figura do contrato de trabalho em funções públicas. Doravante, *o regime-regra de constituição e disciplina das relações de emprego público passou a ser o contrato, com a designação legal de contrato de trabalhos em funções públicas*. Designação que não era, no regime legal, juridicamente incolor, na medida em que, por expressa determinação deste regime, o contrato era fonte de uma relação jurídica de natureza administrativa. Assim resultava do n.º 3 do artigo 9.º, nos termos do qual o contrato era definido como o “acto bilateral celebrado entre uma entidade empregadora pública, com ou sem personalidade jurídica, agindo em nome e em representação do Estado, e um particular, *nos termos do qual se constitui uma relação de trabalho subordinado de natureza administrativa*”.

Este contrato era objecto de um regime próprio e autónomo, aprovado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, designado, nos termos da própria Lei, por Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas.

Refira-se que, por força da qualificação legal referida, resultante do citado n.º 3 do artigo 9.º da Lei n.º 12-A/2008, a Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, coerentemente, introduziu uma alteração ao artigo 4.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), atribuindo aos Tribunais Administrativos a competência jurisdicional para conhecer e julgar os litígios emergentes do contrato de trabalho em funções públicas⁵.

O quadro jurídico do Direito do Emprego Público ficava, assim, transversalmente consolidado, quer no plano substantivo, quer no plano ju-

⁵ Na sequência da alteração mencionada no texto, no n.º 3 e na alínea d) deste n.º do artigo 4.º do ETAF passou a determinar-se que “Ficam igualmente excluídas do âmbito da jurisdição administrativa e fiscal (...)” a “apreciação de litígios emergentes de contratos individuais de trabalho, ainda que uma das partes seja uma pessoa colectiva de direito público, *com excepção dos litígios emergentes de contratos de trabalho em funções públicas*”.

risdicional. O acto clássico de constituição de relações de emprego público – a nomeação – ficou reservado para um número limitado de funções administrativas, em geral apenas as que implicassem o exercício de autoridade⁶. O mesmo sucedeu com a comissão de serviço (em geral, apenas admitida para a investidura no exercício de cargos dirigentes)⁷.

Com o objectivo de harmonizar o sistema, a Lei n.º 12-A/2008 continha diversas normas sobre a “conversão” dos anteriores títulos jurídicos constitutivos de relações de emprego público para o novo regime, que, no essencial, constava do artigo 88.º. Sinteticamente:

- i) Os trabalhadores contratados por tempo indeterminado que, à data da entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008, exercessem funções em condições diferentes das referidas no já citado artigo 10.º (nota 6) mantiveram o contrato por tempo indeterminado, que foi convertido em contrato de trabalho em funções públicas;
- ii) Os trabalhadores contratados por tempo indeterminado que, naquela mesma data, exercessem funções nas condições referidas no artigo 10.º transitaram para a modalidade de nomeação definitiva;
- iii) Por sua vez, os trabalhadores nomeados definitivamente que, também na mesma data, exercessem funções em condições diferentes das referidas no artigo 10.º, mantiveram os regimes de cessação da relação jurídica de emprego público e de reorganização de serviços e colocação de pessoal em situação de mobilidade especial próprios da nomeação definitiva e transitaram para a modalidade de contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado⁸.

⁶ Efectivamente, no artigo 10.º da Lei n.º 12-A/2008, relativo ao “Âmbito da nomeação”, dispunha-se que eram “nomeados os trabalhadores a quem compete, em função da sua integração nas carreiras adequadas para o efeito, o cumprimento ou a execução de atribuições, competências e actividades relativas a: a) Missões genéricas e específicas das Forças Armadas em quadros permanentes; b) Representação externa do Estado; c) Informações de segurança; d) Investigação criminal; e) Segurança pública, quer em meio livre quer em meio institucional; f) Inspeção”.

⁷ Estabelecia o n.º 4 do artigo 9.º da Lei n.º 12-A/2008, que a “relação jurídica de emprego público constitui-se ainda por comissão de serviço quando se trate: a) Do exercício de cargos não inseridos em carreiras, designadamente dos dirigentes; b) Da frequência de curso de formação específico ou da aquisição de certo grau académico ou de certo título profissional antes do período experimental com que se inicia a nomeação ou o contrato, para o exercício de funções integrado em carreira, em ambos os casos por parte de quem seja sujeito de uma relação jurídica de emprego público por tempo indeterminado constituída previamente”.

⁸ Sobre o regime de transição referido no texto, António BARBOSA DE MELO, Pedro Costa GONÇALVES e Licínio Lopes MARTINS, *Os Recursos Humanos nas Autarquias Locais e o Novo Regime do Emprego Público*, Cedoua, Almedina, 2008; e Licínio Lopes MAR-

Como se verá, a situação a que se refere este último ponto viria a revelar-se, poucos anos mais tarde, especialmente problemática, originando, inclusivamente, a intervenção do Tribunal Constitucional em sede de fiscalização.

Um outro vector estruturante da reforma introduzida pela Lei n.º 12-A/2008 teve por objecto as (também clássicas) “carreiras de pessoal” da Administração Pública.

Em primeiro lugar, quanto ao *tipo de carreiras*, a Lei n.º 12-A/2008 procedeu, nos seus artigos 41.º e 42.º, à *extinção da clássica classificação das carreiras em verticais e horizontais*. A partir de então, as carreiras classificam-se em gerais e especiais.

São *gerais* as carreiras cujos conteúdos funcionais caracterizam os postos de trabalho de que a generalidade dos órgãos ou serviços carece para o desenvolvimento das respectivas actividades (artigo 41.º, n.º 1). Nos termos dos artigos 41.º, n.º 1, e 49.º as carreiras gerais passam a ser: *i)* A carreira de técnico superior; *ii)* A de assistente técnico; *iii)* A de assistente operacional.

Por contraposição às carreiras gerais, *são especiais* as carreiras cujos conteúdos funcionais caracterizam postos de trabalho de que apenas um ou alguns órgãos ou serviços carecem para o desenvolvimento das respectivas actividades. As carreiras especiais correspondem, *lato sensu*, às tradicionais carreiras dos corpos especiais (artigo 41.º, n.ºs 2 e 3). Mas note-se que apenas podem ser criadas carreiras especiais nos termos taxativamente enumerados nas alíneas a), b) e c) do n.º 3 do artigo 41.º.

Em segundo lugar, a Lei n.º 12-A/2008 estabeleceu uma subdivisão classificatória nas carreiras gerais, nos seguintes termos: *i)* *carreiras unicategoriais*, assim designadas por lhe corresponder uma única categoria (artigo 42.º, n.º 2). De acordo com o Anexo à Lei n.º 12-A/2008, para o qual remete o artigo 49.º, n.º 2, é unicategorial a carreira geral de técnico superior; *ii)* e em *carreiras pluricategoriais*, que se desdobram em mais do que uma categoria, mas apenas podem ser criadas quando a cada uma das categorias da carreira corresponder um conteúdo funcional distinto do das restantes, sendo que o conteúdo funcional das categorias superiores integra o das que lhe sejam inferiores (artigo 42.º, n.ºs 3, 4 e 5). São pluricategoriais as carreiras de assistente técnico e de assistente operacional (cfr. anexo à Lei n.º 12-A/2008, para o qual remete o artigo 49.º, n.º 2).

No regime da Lei n.º 12-A/2008 as carreiras unicategoriais constituem a regra, na medida em que apenas podem ser criadas carreiras plurica-

TINS, *O regime das carreiras de emprego público na Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro*, Actas das I Jornadas de Emprego Público, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2013.

tegoriais quando a cada uma das categorias das carreiras corresponder um conteúdo funcional distinto do das restantes (artigo 42.º, n.º 4).

Por outro lado, as carreiras de pessoal são ainda *classificadas em função do grau de complexidade*. Ou seja, em função da titularidade do nível habilitacional exigido para a integração em cada carreira, estas passaram também a ser classificadas em graus de complexidade (artigo 44.º). Ou seja:

- i) De grau 1, quando se exija a titularidade da escolaridade obrigatória, ainda que acrescida de formação profissional adequada (no grau 1 incluiu-se a carreira de assistente operacional, que se subdivide nas categorias de assistente operacional, encarregado operacional e de encarregado geral operacional);
- ii) De grau 2, quando se exija a titularidade do 12.º ano de escolaridade ou de curso que lhe seja equiparado (inclui-se no grau 2 a carreira de assistente técnico, que se subdivide nas categorias de assistente técnico e de coordenador técnico);
- iii) De grau 3, quando se exija a titularidade de licenciatura ou de grau académico superior a esta (é de grau 3 a carreira de técnico superior – cfr. anexo à Lei n.º 12-A/2208).

Em terceiro lugar, de relevar ainda o facto de a Lei n.º 12-A/2008 ter procedido à *eliminação da progressão automática em cada categoria* que caracterizava o regime “clássico” da função pública. A partir de 2008 a alteração da posição remuneratória em cada carreira ficou a depender de uma decisão de gestão, essencialmente de natureza financeira, que se concretiza na afectação de verbas (artigo 46.º). A importância prática deste novo regime é visível: mesmo que os trabalhadores obtenham menções máximas na avaliação do desempenho podem não ver melhorada a sua posição remuneratória, dado a mesma depender de uma decisão de gestão (excepto na hipótese excepcional que se previa no artigo 47.º, n.º 6, em que era obrigatória a alteração para a posição remuneratória imediatamente seguinte, desde que reunidos os pressupostos aí definidos).

Neste âmbito, saliente-se também a *inovação introduzida quanto à possibilidade/faculdade de negociação da posição remuneratória na carreira*, isto é, a possibilidade de negociação do posicionamento do trabalhador recrutado numa das posições remuneratórias da categoria (artigo 55.º, n.º 1). Coerentemente, na lógica do regime, o exercício de tal faculdade limitava-se à modalidade de relação jurídica constituída por contrato. Em termos práticos, o artigo 55.º veio a permitir que um trabalhador contratado, através de negociação com entidade empregadora, pudesse ocupar

uma posição salarial intermédia ou superior da respectiva tabela remuneratória. Relembre-se que esta questão também foi suscitada ao Tribunal Constitucional em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade da Lei n.º 12-A/2008. O Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 620/2007, concluiu que não havia qualquer violação do princípio constitucional do trabalho igual, salário igual, não se pronunciando, por isso, pela respectiva inconstitucionalidade.

Por último, relativamente à *extinção do vínculo de emprego público*, releva a duplicidade de regimes quanto às causas de cessação da relação de emprego público fundada no contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado. A dualidade de regimes consistia na seguinte bipartição: *i)* Contratos de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado com causas de cessação próprias do regime da nomeação anterior à Lei 12-A/2008; *ii)* e contratos de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado com as causas de cessação previstas no Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, que constava da Lei n.º 59/2008.

Duplicidade de regimes que a Lei n.º 59/2008 viria a replicar, na parte dedicada ao regime de transição entre modalidades de relação jurídica de emprego público (artigo 17.º). Aí se estabelecia que as disposições do Capítulo VII do Título II do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, sobre cessação do contrato, não eram aplicáveis aos trabalhadores nomeados definitivamente que, nos termos do n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008, tivessem transitado para a modalidade de contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado.

IV. A LEI GERAL DO TRABALHO EM FUNÇÕES PÚBLICAS E A NOVIDADE DAS “BASES DO REGIME E ÂMBITO DA FUNÇÃO PÚBLICA”

4.1. A novidade das “Bases do regime e âmbito da função pública”

A Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho, intitulada Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, teve um primeiro objectivo fundamental, de carácter “compilatório”, ao reunir num “corpo legislativo único” o regime que antes se encontrava disperso por três diplomas legislativos: o regime da Lei n.º 12-A/2008; o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, que constava da Lei n.º 59/2008; e o Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores em Funções Públicas, previsto na Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro.

Mas, provavelmente, a novidade mais relevante da Lei n.º 35/2014 (LGTFP) residirá no facto de ter estabelecido (algumas) “*Bases do regime e âmbito da função pública*” (artigo 3.º do Anexo), dando concretização à alínea t) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição, nos termos da qual constitui reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República estabelecer as “Bases do regime e âmbito da função pública”. A LGTFP constitui, entre nós, a primeira lei de bases do regime e âmbito da função pública, pois, nos termos da própria Lei, constituem normas base definidoras do regime e âmbito do vínculo de emprego público (artigo 3.º, com a epígrafe “Bases do regime e âmbito”): o regime sobre as modalidades de vínculo e prestação de trabalho para o exercício de funções públicas (artigos 6.º a 10.º); o regime sobre as fontes e participação na legislação do trabalho (artigos 13.º a 16.º); as garantias de imparcialidade (artigos 19.º a 24.º); o procedimento concursal (artigo 33.º); os direitos, deveres e garantias do trabalhador e do empregador público (artigos 70.º a 73.º); as disposições gerais sobre estruturação das carreiras (artigos 79.º a 83.º); o regime da mobilidade (artigos 92.º a 100.º); os princípios gerais relativos às remunerações (artigos 144.º a 146.º); o regime relativo ao exercício do poder disciplinar (artigos 176.º a 240.º); o regime da reafecção e requalificação dos trabalhadores (artigos 245.º a 275.º); o regime relativo à extinção do vínculo (artigos 288.º a 313.º); e a disciplina sobre a negociação colectiva (artigos 347.º a 386.º).

4.2. Síntese da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre as bases gerais da função pública

Especificamente sobre esta temática – bases gerais da função pública –, o Tribunal Constitucional já emitiu alguma jurisprudência delimitadora do conceito constitucional (indeterminado) de “Bases do regime e âmbito da função pública”. Assim sucedeu no Acórdão n.º 142/85, sobre a reserva de competência legislativa em matéria de bases do regime jurídico da função pública, no Acórdão n.º 794/2013, relativo ao horário de trabalho na Administração Pública⁹, no Acórdão n.º 474/2013, sobre o regime da requalificação dos trabalhadores em funções públicas e no Acórdão n.º 793/2013, sobre o horário da função pública nos Açores¹⁰.

⁹ No Acórdão n.º 794/2013, o Tribunal Constitucional não declarou a inconstitucionalidade das normas do artigo 2.º, em articulação com os artigos 10.º, 3.º, 4.º e 11.º, todos da Lei n.º 68/2013, de 29 de Agosto, que estabeleceu a duração do período normal de trabalho dos trabalhadores em funções públicas.

¹⁰ No Acórdão n.º 793/2013, o Tribunal Constitucional pronunciou-se pela

Neste último Acórdão o Tribunal Constitucional adiantou que, por bases do regime da função pública, devem entender-se aquelas que, num acto legislativo, definam as opções político-legislativas fundamentais cuja concretização normativa se justifique que seja ainda efectuada por via legislativa de reserva do legislador do Estado. A exigência constitucional de uniformidade de regime em matéria de duração do tempo de trabalho dos trabalhadores em funções públicas constitui uma dessas opções fundamentais. Pelo que, se o Governo ou as Assembleias Legislativas das regiões autónomas aprovarem actos legislativos, seja no exercício da sua *competência legislativa primária*, seja no exercício da sua *competência legislativa complementar*, que tenham por objecto a modificação ou a definição de opções político-legislativas correspondentes a bases integradas na reserva de competência legislativa da Assembleia da República, tais actos enfermarão, nessa medida, de inconstitucionalidade orgânica.

4.3. Uma ampla regulamentação da relação de emprego público e as remissões para o Código do Trabalho

É inegável que a LGTFP pretendeu estabelecer uma exaustiva disciplina sobre a relação de emprego pública, mas, não obstante, regista-se uma ampla – e exemplificativa – remissão para o Código do Trabalho (artigo 4.º da LGTFP).

Efectivamente, aí se dispõe que *é aplicável ao vínculo de emprego público*, sem prejuízo do disposto na presente lei e com as necessárias adaptações, o disposto no Código do Trabalho e respectiva legislação complementar com as excepções legalmente previstas, *nomeadamente* nas seguintes matérias: relação entre a lei e os instrumentos de regulamentação colectiva e entre aquelas fontes e o contrato de trabalho em funções públicas; direitos de personalidade; igualdade e não discriminação; parentalidade; trabalhadores com capacidade reduzida e trabalhadores com deficiência ou doença crónica; trabalhador estudante; organização e tempo de trabalho; tempos de não trabalho; promoção da segurança e saúde no trabalho, incluindo a prevenção; comissões de trabalhadores, associações sindicais e representantes dos trabalhadores em matéria de segurança e saúde no trabalho; mecanismos de resolução pacífica de conflitos colectivos; e greve e *lock-out*.

inconstitucionalidade da norma do artigo 3.º, n.º 1, do Decreto n.º 22/2013, aprovado pela Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores, em 21 de Outubro de 2013, por violação das alíneas b) e t) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição, e pela inconstitucionalidade consequente das restantes normas do mesmo diploma, que estabelecia o regime da duração do período normal de trabalho dos trabalhadores da Administração Pública Regional.

São, pois, múltiplas as matérias objectivo de remissão, sendo certo que a utilização do advérbio “nomeadamente” significa que a remissão para o Código do Trabalho abrange não apenas aquelas matérias, mas quaisquer outras, desde logo as que constem de remissões específicas, podendo, a título meramente exemplificativo, apontar-se as dos seguintes artigos da LGTFP: artigos 16.º, n.º 2; 26.º, n.º 2; 56.º, n.º 2 e 4; 68.º, n.º 1; 101.º; 106.º, n.º 1; 107.º, n.º 2; 120.º, n.º 1; 122.º; 126.º, n.º 1; 134.º, n.º 4, alínea a); 274.º, n.º 4, alínea a); 293.º, n.º 3; 294.º, n.º 4; 312.º, n.º 1; 314.º, n.º 2; 315.º; 322.º; 324.º, n.º 2; 330.º; 337.º, n.º 2; 341.º n.º 4; e 394.º, n.º 2.

Ao amplo conjunto remissivo pode associar-se a dificuldade interpretativa que a redacção do artigo 4.º da LGTFP não deixa de suscitar, sendo legítima a pergunta sobre o que significa aplicar o Código do Trabalho “*sem prejuízo do disposto na presente lei e com as necessárias adaptações*” e “*com as exceções legalmente previstas*”?

Por outro lado, há remissões para o regime do Código do Trabalho que devem ser objecto de uma adaptação cautelosa às particularidades organizativas da Administração Pública, podendo aqui incluir-se o regime relativo à pluralidade de empregadores públicos previsto no artigo 26.º da LGTFP, no qual se dispõe que os “empregadores públicos podem celebrar contratos de trabalho em regime de pluralidade de empregadores nos termos do Código do Trabalho” (n.º 1), adiantando-se que para “efeitos do regime referido no número anterior, os empregadores públicos consideram-se sempre em relação de colaboração” (n.º 2).

4.4. A incoerência estrutural e conceptual do regime

Referimos que a LGTFP afirma-se como definidora das bases gerais do regime da função pública, mas, simultaneamente, exclui expressamente do seu âmbito típicos sectores da Administração Pública, isto é, pessoas colectivas públicas, embora originariamente abrangidas pela Lei n.º 12-A/2008 (artigo 2.º da LGTFP).

Encontram-se abrangidas pela exclusão as *entidades reguladoras independentes* e o Banco de Portugal (artigo 32.º, n.º 1, da Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo): *aos trabalhadores das entidades reguladoras é aplicado o regime do contrato individual de trabalho*.

Inserem-se ainda na exclusão as associações públicas profissionais. Por força do artigo 41.º, n.º 1, da Lei-quadro das Associações Públicas Pro-

fissionais (Lei n.º 2/2013, de 10 de Janeiro), aos *trabalhadores das associações públicas profissionais é aplicável o regime previsto no Código do Trabalho*, sem prejuízo de algumas regras previstas naquela Lei-Quadro.

A esta incoerência estrutural do regime associa-se uma incoerência conceptual.

Na verdade, referimos que a investidura em algumas funções públicas exigia o acto administrativo de nomeação (artigo 8.º da LGTFP), por, expressa ou implicitamente, pressuporem o exercício de poderes de autoridade. Contudo, já outras, que implicam o exercício de semelhantes poderes, têm por título constitutivo o contrato individual de trabalho!

Por isso, será legítima a interrogação: se a “investidura” no exercício de funções que faça apelo a elementos de autoridade deve ser feita por acto administrativo de nomeação (artigo 8.º da LGTFP), não se compreende que outros trabalhadores da Administração Pública com iguais poderes – e, em alguns casos, até talvez mais intensos – sejam “investidos” no exercício de tais funções públicas por acto privado (o contrato individual de trabalho). Note-se que os trabalhadores – trabalhadores em regime de contrato individual de trabalho – mandatados pelas respectivas entidades reguladoras para efectuar uma inspecção ou auditoria são equiparados a agentes da autoridade (n.º 2 do artigo 42.º da Lei n.º 67/2013)¹¹.

4.5. A “deslegalização” regulamentar e convencional de aspectos essenciais

Uma outra nota caracterizadora do actual sistema reside na “deslegalização” regulamentar e convencional de aspectos essenciais – procedimentais e substantivos – do regime de exercício de funções públicas (relações de emprego fundadas em contrato de trabalho e não na nomeação).

Em primeiro lugar, assiste-se a ampla remissão de matérias para regulamento (para disciplina regulamentar). É o que sucede com as entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo. Estas entidades reguladoras estabelecem, nos respectivos regulamentos internos, regras sobre as seguintes matérias (n.º 2 do artigo 10.º da Lei-Quadro das entidades reguladoras independentes): regime do pessoal, incluindo avaliação de desempenho e mérito; o regime de carreiras; o estatuto remuneratório e o regime de protecção social.

¹¹ Para uma apreciação crítica do regime, Pedro Costa GONÇALVES e Licínio Lopes MARTINS, *Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da actividade económica*, Textos de Regulação da Saúde/ano de 2013, n.º 4, 2014, Entidade Reguladora da Saúde, Porto, pp. 9-28.

4.6. A remissão para instrumentos de regulamentação colectiva

Do artigo 13.º da LGTFP, sobre as “Fontes específicas do contrato de trabalho em funções públicas” (e não da nomeação), conjugado com outras disposições daquela Lei, infere-se o seguinte *princípio geral*: o contrato de trabalho em funções públicas pode ser regulado por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho. Estes instrumentos subdividem-se em *acordos colectivos de carreira* (convenção colectiva aplicável no âmbito de uma carreira ou de um conjunto de carreiras, independentemente do órgão ou serviço onde o trabalhador exerça funções) e em *acordos colectivos de empregador público* (convenção colectiva aplicável no âmbito do órgão ou serviço onde o trabalhador exerça funções).

As matérias que podem ser objecto de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho constam do artigo 355.º da LGTFP. Para além de outras, previstas na LGTFP ou em norma especial, os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho só podem dispor sobre: suplementos remuneratórios; sistemas de recompensa do desempenho; sistemas adaptados e específicos de avaliação do desempenho; regimes de duração e organização do tempo de trabalho; regimes de mobilidade e acção social complementar.

Um exemplo de matérias que podem ser objecto de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho é a duração do trabalho. O período normal de trabalho está fixado em 8h diárias e 40h semanais (artigo 105.º, n.º 1, da LGTFP). No entanto, confere-se a possibilidade de reduzir esses limites por instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, desde que não haja diminuição da retribuição do trabalhador (artigo 105.º, n.º 3, da LGTFP). O que pode ser feito por acordo colectivo de carreiras e por acordo colectivo de entidade empregadora pública (artigo 14.º, n.º 2, da LGTFP). Associa-se também a possibilidade de aumentar o trabalho suplementar, por trabalhador, de 150 horas para 200 horas por ano (artigo 120.º, n.º 4, da LGTFP).

Mas note-se que há *limites aos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho*, designadamente a impossibilidade de afastamento das normas sobre remunerações, mesmo quando relativas a recompensa por avaliação de desempenho, excepto se existir expressa previsão legal nesse sentido (artigo 144.º, n.º 1). Neste âmbito saliente-se, no entanto, a excepção relativa a suplementos remuneratórios, que podem ser objecto de regulamentação por instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho (artigo 159.º, n.º 6, da LGTFP: “os suplementos remuneratórios são criados por lei, podendo ser regulamentados por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho”).

O regime da LGTFP sobre os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho não deixa de suscitar algumas questões em face do princípio constitucional da autonomia local e do (eventual) direito à contratação colectiva das autarquias locais, bem como da liberdade sindical.

Quanto ao *procedimento* da sua elaboração/celebração, os acordos colectivos são assinados pelos representantes das associações sindicais, bem como pelos membros do Governo e representantes do empregador público, ou respectivos representantes (n.º 6 do artigo 364.º da LGTFP).

Tomando como exemplo a fixação do período normal de trabalho, que pode ser objecto de acordos colectivos de trabalho (artigo 105.º, n.º 1, da LGTFP), será, porventura, legítimo questionar a legalmente necessária participação do Estado num procedimento de celebração de acordos colectivos de trabalho pelas autarquias locais.

A resposta a esta questão não se afigura simples. Em todo o caso, a sua análise não poderá deixar de considerar a jurisprudência do Tribunal Constitucional a que se fez referência. Efectivamente, embora o horário de trabalho não conste expressamente entre as matérias que constituem as bases gerais a que se refere o artigo 3.º da LGTFP, deverá, no entanto, nesta matéria, ter-se sempre em conta a jurisprudência constante do já referido Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 793/2013, sobre o horário da função pública nos Açores, nos termos da qual a matéria do horário de trabalho na Administração pública não é uma questão meramente regional ou local; é uma matéria, prioritária e prevalentemente, de carácter e âmbito nacional. Consequentemente, na celebração de acordos colectivos de trabalho pelas autarquias locais não estão apenas presentes interesses meramente locais, mas também interesses de carácter e âmbito nacional.

Mas, em Acórdão recente (Acórdão n.º 494/2015, de 7-10-2015), o Tribunal Constitucional viria a declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas que conferem aos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da administração pública legitimidade para celebrar e assinar acordos colectivos de empregador público, no âmbito da administração autárquica, resultantes do artigo 364.º, n.º 3, alínea b), e do n.º 6, do da LGTFP, por violação do princípio da autonomia local, consagrado no artigo 6.º, n.º 1, da Constituição.

Apenas mais uma nota sobre a eficácia dos acordos colectivos de trabalho (artigo 370.º da LGTFP). Regista-se, neste domínio, a *supressão do princípio da filiação*, ainda vigente no Código do Trabalho, bem como o alargamento da eficácia dos acordos colectivos de trabalho a trabalhadores

não filiados em qualquer sindicato e mesmo aos filiados noutros sindicatos não outorgantes do acordo, salvo oposição expressa do trabalhador não sindicalizado ou de associação sindical interessada e com legitimidade para celebrar o acordo colectivo de trabalho, relativamente aos seus filiados (n.º 3 do artigo 370.º da LGTFP).

Este regime também não deixa de suscitar interrogações em face do princípio da liberdade sindical, na medida em que permite que, por via legal, uma norma seja aplicada a trabalhadores filiados num sindicato que (legitimamente) entenda (ou entendeu) não subscrever um acordo colectivo de trabalho.

4.7. Extinção do vínculo: a diferenciação de regimes

Relativamente às causas de extinção do vínculo de emprego público é incontornável a referência a uma dessas causas: a *requalificação*, que se configura como um despedimento por causas objectivas (artigos 245.º a 275.º da LGTFP). Efectivamente, é “causa específica de cessação do contrato de trabalho em funções públicas a extinção do vínculo na sequência de processo de requalificação de trabalhadores em caso de reorganização de serviços ou racionalização de efectivos na Administração Pública em conformidade com o disposto no n.º 2 do artigo 245.º” (n.º 2 do artigo 289.º da LGTFP).

Contudo, por força do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/2013, de 29 de Agosto, *aquela causa de extinção da relação de emprego público não é aplicável aos trabalhadores com vínculo definitivo constituído antes de 1 de Janeiro de 2009*: a estes trabalhadores, ainda que abrangidos pelo processo de requalificação, apenas são aplicadas reduções salariais, podendo auferir apenas 60% (1.ª fase do processo de requalificação) ou 40% (2.ª fase do processo de requalificação) da sua remuneração base mensal (artigo 261.º).

Garantia que resulta expressamente do n.º 1 do artigo 259.º da LGTFP: “São apenas abrangidos pela segunda fase do processo de requalificação os trabalhadores nomeados e os referidos no n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12 -A/2008, de 27 de fevereiro”.

O n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008 abrangia os trabalhadores nomeados definitivamente que exercessem funções em condições diferentes das referidas no artigo 10.º da mesma Lei, mas que mantiveram os regimes de cessação da relação jurídica de emprego público e de reorganização de serviços e colocação de pessoal em situação de mobilidade especial

próprios da nomeação definitiva e que transitaram para a modalidade de contrato por tempo indeterminado.

Este regime de extinção do vínculo na sequência da requalificação também não abrange trabalhadores nomeados, independentemente da data em que tenham começado a exercer as suas funções, ficando, pois, excluído desta causa de despedimento.

Já aos *trabalhadores em regime de contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado não abrangidos pelo n.º 1 do artigo 259.º da LGTFP*, finda a primeira fase do processo de requalificação, por remissão do n.º 2 do artigo 259.º da LGTFP, aplica-se o disposto na secção III do capítulo IX”, ou seja, o regime da extinção da relação de trabalho.

(Página deixada propositadamente em branco)

LÍNEAS MAESTRAS DE MEJORA DEL EMPLEO PÚBLICO

JAVIER E. QUESADA LUMBRERAS
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

Sumario: *I. Introducción. II. Simplificación de las Clases de Personal y Flexibilización del Vínculo Funcionario. III. Implementación de la Evaluación del Desempeño. IV. Articulación del Personal Directivo Profesional. V. Identificación del Modelo de Carrera a Implementar. VI. Renovación de las Políticas de Formación y Selección. VII. Ordenación de la Actividad Profesional.*

I. INTRODUCCIÓN

Las reformas que nuestro modelo de empleo público necesita, en palabras de Sánchez Morón, «se resumen en una trilogía de criterios esenciales aplicables al régimen de empleo público: profesionalidad, evaluación, flexibilidad. Está claro, no obstante, a la luz de la experiencia de los últimos años, que para introducir las reformas necesarias deben vencerse no pocas resistencias y debe existir la necesaria convicción en quienes tienen la responsabilidad de impulsarlas, que son los dirigentes políticos. Esa convicción o voluntad política necesaria es lo que ha faltado antes y después de la aprobación del EBEP. Las reformas – las grandes reformas administrativas – son para los reformadores, que deben tener altura de miras, una visión a medio y largo plazo de la política y capacidad para convencer y superar los obstáculos que se presentan en

el camino»¹. Y esta trilogía de criterios esenciales se viene a concretar, a nuestro juicio, en las siguientes líneas de mejora:

II. SIMPLIFICACIÓN DE LAS CLASES DE PERSONAL Y FLEXIBILIZACIÓN DEL VINCULO FUNCIONARIAL

La primera línea de acción hace referencia a la necesidad de revisar las garantías jurídicas que protegen a los empleados públicos, concretamente la garantía de inamovilidad de los funcionarios públicos.

Y es que no me parece razonable que nuestras Administraciones Públicas sigan manteniendo una protección especial a una parte de los empleados públicos, cuando la otra parte trabaja en la misma organización e incluso desempeña las mismas funciones. La garantía de la inamovilidad se ha extendido quizás en exceso y creo que sería conveniente aplicarla en sintonía con la realidad social y económica actual.

Soy consciente de las grandes reticencias que una afirmación de este tipo va a encontrar. De hecho, escasean los autores que se posicionan de una forma clara. Pero considero fundamental que con ella pueda abrirse un debate serio para delimitar la garantía de inamovilidad en la condición de funcionario.

Sinceramente creo que la relación laboral especial de empleo público debería formalizarse en nuestro modelo, garantizando la estabilidad en las mismas proporciones que cualquier profesional del sector privado, y reconduciendo la garantía de la inamovilidad a una función pública en la que se desempeñan funciones que aconsejan el establecimiento de dicha garantía².

¹ M. SÁNCHEZ MORÓN (2012), «Ajustes y reformas en el empleo público: situación actual y perspectivas», en *Crisis Económica y Función Pública* (Dir. Jesús Ángel Fuentetaja Pastor y Josefa Cantero Martínez), Pamplona, Ed. Thomson-Aranzadi, pág. 37.

² En Alemania, como comenta el equipo de redacción del Boletín de Función Pública del INAP («La BAKöV (*Die Bundesakademie für öffentliche Verwaltung*), la Academia Federal de Administración Pública de la República Federal Alemana», en *Boletín de Función Pública del INAP*, n.º 5, Octubre, 2011, págs. 50-51): «(...) cerca de 4,5 millones de personas trabajan en el servicio público y existen dos tipos de trabajadores: los funcionarios y los empleados públicos. La mayoría de los puestos de trabajo en las áreas centrales de la administración tradicional están a cargo de los funcionarios públicos, especialmente en puestos de supervisión y en áreas donde el Estado debe intervenir en los derechos y obligaciones de los individuos en nombre del bien común, es decir, ejercer su monopolio de la fuerza. Según el artículo 33 (4) de la Ley Fundamental, el ejercicio de la autoridad del Estado debe ser confiada a los funcionarios públicos, puesto que éstos están sujetos a una relación especial. Por esta razón, todos los funcionarios de policía, bomberos y aduanas, tributarias y prisión deben ser funcionarios públicos. Funciones de supervisión de las autoridades superiores estatales y federales, así como el servicio diplomático, también se reservan para los funcionarios públicos. Por otro lado, la mayo-

Por todo este estado de cosas, en suma, considero que nuestro modelo de empleo público debería orientarse con fundamento en los siguientes parámetros:

- 1) Simplificación de las clases de empleados públicos, distinguiendo únicamente a estos efectos entre: funcionario de carrera y empleado público.
- 2) Reconducción de la garantía de la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera para quienes desempeñan funciones de estricta autoridad³.

ría de los puestos sanitarios, servicios sociales y las profesiones técnicas son ocupadas por otros empleados públicos que se rigen por una relación laboral diferente a la de los funcionarios».

En nuestro país, la regla básica del art. 9.2 del EBEP es, como señala M. SÁNCHEZ MORÓN (2007), «Clases de personal», en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (Dir. Miguel Sánchez Morón), Valladolid, Ed. Lex Nova, pág. 93: «muy abierta y no acaba con la polémica acerca de qué grupos de empleados públicos deben tener necesariamente o preferentemente la condición de funcionarios, de la misma manera que no acaba con la dialéctica entre partidarios de una mayor laboralización del empleo público (que se está extendiendo fundamentalmente a través de la creación de nuevos entes públicos de todo tipo) y los de una mayor funcionarización, perseguida por buena parte de los empleados con contrato laboral y por los sindicatos, como garantía superior de estabilidad en el empleo».

Y es que, en efecto, como indica también J. CANTERO MARTÍNEZ (2009), «Estructura de empleo público y clases de empleados públicos», en *Manual de Empleo Público* (Dir. Federico A. Castillo Blanco), Madrid, Ed. Iustel, págs. 157: «Determinar la futura extensión de este colectivo (personal laboral) en la Administración o las funciones concretas que podrá realizar a día de hoy es una incógnita. Siguiendo la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal 99/1987, de 11 de junio, reiterada posteriormente, entre otras, en la STC 235/2000, de 5 de octubre y en la 37/2002, de 14 de febrero, debe seguir entendiéndose que la regla general es la de ocupación funcional de los puestos de trabajo en la Administración, que ahora incluso se refuerza con la reserva de funciones al funcionario que efectúa el artículo 9.2 del Estatuto. Debe ser, pues, la ley la que determine las funciones que pueden ser desempeñadas por personal laboral. Una vez respetada la reserva mínima de funciones a quienes ostenten la condición de funcionarios que establece el artículo 9.2, serán después las leyes que elaboren las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y la Ley de las Cortes Generales para el ámbito de la Administración General del Estado las que abran o reduzcan el abanico laboralizador en sus respectivos ámbitos».

³ En este sentido, puede destacarse la reserva de funciones establecida en el art. 6 de la ley de empleo público de Castilla-La Mancha. Así como señala en el apartado primero del referido precepto, «el ejercicio de las funciones, incluidas las directivas, que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales corresponden en exclusiva al personal funcionario».

En este sentido, como especifica en su apartado segundo, son funciones que implican la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales las siguientes: a) La instrucción o la elabora-

- 3) Establecimiento de la relación laboral especial de empleo público, que englobara a todos los profesionales que desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas, regulados en una misma norma básica que acogiera un catálogo mínimo de garantías, derechos y deberes, que puede ser ampliable mediante la negociación colectiva.

Un modelo que, desde mi punto de vista, es perfectamente compatible con el mandato establecido en el art. 103.3 CE, y además se ajusta más a la realidad de nuestro modelo de empleo público actual.

III. IMPLEMENTACIÓN DE LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO

En segundo lugar, cabe subrayar que la evaluación del desempeño, junto a la carrera profesional y la dirección pública profesional, constituyen las instituciones más importantes que nuestra normativa básica actual viene a plasmar.

Por ello, la línea de acción principal que aquí pretendemos mantener es que estas tres instituciones dependen las unas de las otras. No puede existir una carrera profesional sin la implantación progresiva de la cultura de la evaluación del desempeño, que necesariamente debiera ir incorporándose en la gestión de recursos humanos de nuestras Administraciones Públicas.

Pero, al mismo tiempo, difícilmente puede ser viable el funcionamiento de este tipo de técnicas de gestión sin la existencia de aquellas personas que han de ser los actores principales en su aplicación, es decir, los directivos públicos profesionales⁴.

ción de propuestas de resolución en procedimientos administrativos; b) La inspección, vigilancia o control del cumplimiento de normas o resoluciones administrativas; c) La emanación de órdenes de policía; d) El control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria; e) La contabilidad; f) Las de tesorería; g) La fe pública; h) La recaudación; i) La inscripción, anotación, cancelación y demás actos de administración de registros públicos; j) El asesoramiento legal preceptivo.

A estos efectos, como añade, «y salvo supuestos excepcionales, se considerará que las funciones instrumentales, auxiliares o de apoyo no participan en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales».

⁴ En este sentido, se viene pronunciando también la doctrina más especializada en esta materia. Así como señala M. GORRITI BONTIGUI (2012), «La Evaluación del Desempeño en las Administraciones Públicas Españolas», en *Crisis Económica y Función Pública* (Dir. Jesús Ángel Fuentetaja Pastor y Josefa Cantero Martínez), Pamplona, Ed.

Pero es que, además, esta esfera directiva de la organización no debiera articularse tampoco al margen de la carrera profesional del resto de empleados públicos, pues han de construirse también los necesarios puentes de conexión entre ambas instituciones. En suma, nos encontramos con tres aristas de un mismo interés común, la modernización y profesionalización de nuestras Administraciones Públicas y del personal a su servicio.

Centrándonos en la evaluación del desempeño, a la que ya se ha referido el compañero Ángel Cabal, me gustaría simplemente apuntar varias consideraciones que deberían ser tenidas en cuenta asimismo en la configuración de esta institución:

- 1) No puede implantarse ninguna evaluación del desempeño sin un previo análisis de los puestos de trabajo de cada organización, de las funciones que cada puesto tiene asignado, de los objetivos que cada puesto y cada empleado público debe cumplir en esa concreta Administración Pública. Sólo con un informe claro de los puestos de trabajo, de sus perfiles y de las funciones que cada empleado público ostenta en la organización, es posible asignarle unos objetivos concretos en virtud de los cuales pueda medirse objetivamente el logro o cumplimientos de los mismos.
- 2) El procedimiento de la evaluación del desempeño para su configuración como tal, más allá del propio sistema de evaluación al que hemos referenciado en el punto anterior, debe estar revestido de las necesarias garantías jurídicas, sin las cuales no puede existir ningún procedimiento administrativo, por lo que más allá de la figura del evaluador que podría ser identificado en la figura del directivo público profesional, debería existir un órgano colegiado externo de carácter técnico encargado de resolver las posibles reclamaciones, en cuya composición no debe figurar ningún personal de elección o de designación política, personal eventual, ni los representantes de las organizaciones sindicales.

Aranzadi, pág. 270: «Sólo quien ha sido evaluado para desempeñar este rol, está siendo evaluado en la consecución de los objetivos comprometidos y al final de su mandato se le juzgará por ellos, puede asumir la ED como una de sus funciones naturales. La figura del Directivo Público Profesional se convierte así en una de las condiciones ineludibles de la implementación de la ED». Las funciones más importantes del directivo público en relación con la evaluación del desempeño, a juicio del autor, serían las siguientes: 1) Establecimiento de cauces formales y personales de comunicación con sus subordinados; 2) Establecimiento de una amplia red de relaciones en el ámbito de su competencia; 3) Motivación y conformación de equipos. Gestión de la información de sus subordinados; 4) Representación, identidad y defensa del equipo y sus miembros; 5) Gestión individual del reconocimiento; 6) Gestión de conflictos entre personas.

Y todo ello teniendo en cuenta, especialmente, los efectos que una evaluación positiva o negativa puede llegar a desplegar (progresión en la carrera, percepción de retribuciones o el cese del puesto de trabajo)⁵.

- 3) Se trata de un procedimiento obligatorio en todas sus fases, es decir, aunque es recomendable que en su proceso de implementación se establezcan periodos transitorios o de prueba, ello no impide que los empleados públicos estén obligados a someterse a la evaluación del desempeño en todas sus fases de implementación⁶.

⁵ Como señala la STS de 5 de marzo de 2007, «(...) se ha de entender implícita en la invocación que estos preceptos hacen del principio de especialidad y de la necesidad de que la composición del tribunal sea eminentemente técnica. Así mismo, este requerimiento no se puede considerar operativo sólo en el momento inicial de nombramiento de los vocales, sino que será exigible para la válida actuación del tribunal en cada una de las sesiones y en los diferentes ejercicios que integren el proceso selectivo».

En relación con la discrecionalidad técnica de los órganos (selectivos), la STS de 18 de abril de 2007 distingue entre: «El “núcleo material de la decisión técnica”, reservada en exclusiva a aquellos órganos. Su “contorno”, constituido por el respeto a las reglas básicas del procedimiento y la inexistencia de dolo o coacción. En estos aspectos, la actuación de los órganos selectivos está sujeta a control jurisdiccional».

El análisis conjunto de estas dos premisas, como recoge la STSJ de Cataluña de 3 de junio de 2005 «conduce al TS a concluir que sin desconocer que los órganos calificadoros disfrutan de la mencionada discrecionalidad técnica en el desarrollo de su actuación, es posible, no obstante, la revisión jurisdiccional de su actuación en circunstancias como: existencia de intencionalidad; coacción; infracción de las normas reglamentarias que regulen su actuación y, únicamente, de las propias bases de la convocatoria; defectos formales substanciales; producción de indefensión; desviación de poder; evidencia de un resultado manifiestamente arbitrario; y apreciación de los hechos de manera indudablemente errónea».

⁶ En este sentido, dentro de las experiencias piloto en materia de evaluación del desempeño de la AGE, se ha creado una Comisión de Seguimiento, en el ámbito de la Dirección General de la Función Pública, y en la que participan también la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas y el Instituto Nacional de Administración Pública. Esta Comisión de Seguimiento tiene, como señalan P. GONZÁLEZ DE HERRERO-FERNÁNDEZ y I. PÉREZ-BAROJA VERDE (2011), «Plan de experiencias piloto en Evaluación del Desempeño en la Administración General del Estado», en *Boletín de Función Pública del INAP*, n.º 6, Diciembre, págs. 58-59, entre otras funciones: «poner en marcha la metodología y el proceso de implantación de las pruebas piloto; decidir en qué unidades se realizarán las pruebas piloto; marcar los plazos y pautas de actuación; diseñar y organizar acciones informativas y formativas; establecer canales de comunicación y de intercambio de conocimientos; ejercer la labor de coordinación y seguimiento y dar asistencia técnica directa; y, finalmente, elaborar un estudio de análisis de resultados y propuestas de futuro».

En este contexto, como señala también GORRITI BONTIGUI («La Evaluación del Desempeño en...», *op. cit.*, págs. 268 y ss.), podría ser pertinente «crear dentro del órgano responsable en materia de empleo público, un grupo técnico que realizara las tareas

- 4) Sobre la periodicidad en la aplicación del procedimiento de la evaluación del desempeño, debería aplicarse de forma anual. Sin embargo, si pensamos en la posibilidad de la remoción del puesto de trabajo como uno de los efectos de la evaluación del desempeño, ésta debería producirse como consecuencia del resultado negativo de reiteradas evaluaciones aplicadas.
- 5) No debería perderse nunca de vista un criterio esencial que debe presidir la implantación de este procedimiento de la evaluación del desempeño. Me refiero concretamente al criterio de transparencia: una vez configurada la evaluación del desempeño, y de forma previa a su aplicación efectiva, los sujetos pasivos del procedimiento (empleados públicos) deben tener a su alcance una información clara del objeto de la evaluación, es decir, qué variables se van a medir, qué órgano los evaluará, qué garantías jurídicas existen, qué periodicidad tiene el procedimiento, qué efectos produce, etc. En definitiva, los empleados públicos han de conocer todos los extremos de la evaluación del desempeño⁷.

arriba descritas. Sería conveniente que dicho grupo fuera el responsable de los APT's, fuente ineludible de los contenidos de la evaluación. También deberían ser los responsables de elaborar los cuestionarios ED que se remitirían a las unidades de personal para su administración. La complejidad implícita en la elaboración, análisis y retroalimentación de la información de una ED no puede encargarse a no expertos. En este mismo sentido y ya que una vez entren en vigor las correspondientes leyes de desarrollo del EBEP la implantación de su sistema ED es obligatoria, puede considerarse la posibilidad de crear un Órgano Central de Evaluación que dé respuesta técnica e instrumental a todas aquellas administraciones locales y provinciales que no disponen de recursos técnicos suficientes para desarrollar esta herramienta, para llevar a cabo los análisis posteriores, ni para la formación necesaria de sus evaluadores. Esta posibilidad organizativa permitiría asegurar la relevancia, fiabilidad, objetividad y no contaminación de las ED, y posibilitaría homogeneizar un proceso general de ED. Cada administración mejoraría el instrumento general al diseñarlo y analizar su comportamiento en los distintos contextos administrativos».

En cualquier caso, como añade, «los principales problemas para la implantación de la ED son la cultura organizativa de las AAPP y la necesaria implantación de la figura del directivo público profesional. Lo que se debe de contratar externamente es cómo hacer este cambio cultural y probablemente la formación de los directivos que vayan a evaluar, no qué medir. Las primeras experiencias deben hacerse en entornos amigables y, si es posible, ligar los resultados de la ED a remuneraciones no significativas, ni hacer públicos los resultados de la ED hasta que esta cultura haya calado y la organización esté madura. Tampoco creo que la ED, en sus aspectos de relevancia (qué medir), ni cómo hacerlo, deben ser objeto de negociación con la representación del personal. Quizás sus efectos sí».

⁷ En este sentido, aunque referido más específicamente al principio de publicidad en los procedimientos de selección, se pronuncia también la STS de 21 diciembre de 2011 cuando señala que: «Debe decirse que ese principio de publicidad, en su for-

IV. ARTICULACIÓN DEL PERSONAL DIRECTIVO PROFESIONAL

La configuración jurídica del personal directivo público profesional es otra asignatura pendiente de nuestro modelo de empleo público. Este problema de la excesiva politización en la Administración Pública, el de marcar una línea divisoria clara para determinar dónde termina la esfera política y dónde comienza la esfera profesional, nos hace plantearnos la necesidad de delimitar los puestos de trabajo que deberían quedar enclavados en la esfera de la función directiva profesional.

Por ello, considero seriamente que un primer paso para poner fin a este panorama pasa por la necesidad de reconducir la figura del empleado público eventual a su esfera natural (la estricta confianza política), sin llegar a desempeñar puestos de trabajo que han de quedar englobados en la esfera de la dirección pública profesional.

Desde estos planteamientos, en consecuencia, el segundo salto pasa por profesionalizar la esfera directiva de nuestras Administraciones Públicas, y para ello la única posibilidad que me parece más razonable es la de establecer un régimen jurídico del personal directivo profesional.

Corresponde ahora, por tanto, a los legisladores estatal y autonómico regular esta clase de empleado público (aunque formalmente no lo sea) en sus respectivas Leyes de organización y funcionamiento de sus respectivas Administraciones Públicas, sin olvidar que estas leyes autonómicas no pueden desconocer el espacio que ha de corresponder a las Administraciones Locales.

En este contexto, consideramos necesario concretar una serie de premisas esenciales que deberían estar presente en ese estatuto jurídico del

mulación más genérica, está ligado a otros mandatos constitucionales como lo son el derecho fundamental de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución y el principio de objetividad que para toda actuación de la Administración pública dispone el artículo 103.1 del propio texto constitucional. Y por eso mismo conlleva, entre otras cosas, la necesidad de que toda actuación administrativa sea transparente en los hechos, criterios y razones que determinan sus decisiones, pues solo así es posible el control que demanda el derecho a la tutela judicial efectiva; como también que esos criterios estén establecidos con anterioridad a su finalización cuando de procedimientos administrativos se trate, porque de esta manera es como queda conjurado con las debidas garantías el riesgo de favoritismo individual que se produciría si los criterios de valoración de los aspirantes fuesen definidos una vez realizadas esas pruebas competitivas.

En todo caso, como subraya la STS de 27 de junio de 2008 «(...) los criterios correctores que acuerde el tribunal calificador se han de comunicar a los aspirantes antes de la realización de las pruebas correspondientes, ya que sólo así se garantizan los principios de publicidad y de seguridad jurídica, y los aspirantes pueden adecuar su actuación a estos criterios».

directivo público profesional⁸:

La primera, que los directivos públicos han de ser personas reclutadas mediante procesos competitivos por las Administraciones Públicas en función de sus conocimientos, destrezas, aptitudes, habilidades y actitudes para dirigir un determinado ámbito o sector de lo público.

Y la segunda, que quienes vayan a desempeñar esas funciones directivas han de disponer de conocimiento, experiencia y un desarrollo profesional previo en ese sector o ámbito de actividad, es decir, se necesitan personas con experiencia y una trayectoria en la dirección de organizaciones públicas del sector de que se trate. En palabras de Prats Catalá, «un administrador puede ser un funcionario superior; pero un funcionario superior no es necesariamente un gerente, un gestor o un directivo»⁹.

Del mismo modo, es importante reflejar también unos presupuestos específicos adicionales que deberían estar presentes en este proceso de implementación del directivo público profesional, y que han de permitir seleccionar al candidato más idóneo a ocupar el puesto de trabajo en el que se desempeñan las funciones de dirección de las Administraciones Públicas.

Por un lado, consideramos imprescindible el diseño previo de un perfil directivo, es decir, qué requerimientos (conocimientos, destrezas, aptitudes, habilidades y actitudes) deben reunir los diferentes candidatos para poder llegar a ocupar ese puesto de trabajo. Sólo a partir de este perfil, po-

⁸ Sobre el tema de la función directiva resulta de gran interés también la obra colectiva AA.VV. (2010), *La Alta Dirección Pública: Análisis y Propuestas* (Coords. Luis Ortega Álvarez y Luis F. Maeso Seco), Madrid, Ed. INAP. Así como el trabajo de R. JIMÉNEZ ASENSIO, (2009), *El personal directivo en la Administración local*, Barcelona, Ed. CEMICAL.

⁹ J. PRATS CATALÁ (1987), «Política, gestión y administración de recursos humanos en las Administraciones públicas», en *Documentación Administrativa*, n.º 210-211, pág. 130.

Por su parte, JIMÉNEZ ASENSIO (*El personal directivo...*, *op. cit.*, págs. 16 y ss.), nos señala entre las razones de la escasa presencia de directivos públicos procedentes del sector privado, además de las de carácter estrictamente retributivo, las siguientes: «Por un lado, está la necesidad de que el directivo público conozca el contexto normativo singular (las reglas de funcionamiento en materias tales como presupuestos, contratación, recursos humanos, procedimiento, etc., que difieren sustancialmente del sector privado), así como la necesidad también de que el directivo esté familiarizado con el peculiar entorno institucional en el que ha de desarrollar sus funciones (ciclo político, papel de la oposición, control parlamentario o de la asamblea, control de los medios de comunicación, etc.). No es menos evidente que el directivo público deberá tener presente una serie de valores que informan toda su actuación y que deben inspirar su funcionamiento dentro de los estándares de la ética pública: los valores y principios constitucionales y estatutarios, la condición de gestor de intereses públicos (con lo que ello implica), la rectitud en su gestión y el decoro de su imagen externa, así como un largo etcétera».

demos articular un proceso de selección adecuado¹⁰.

Y, por otro lado, que la configuración del propio proceso selectivo ha de estar presidido por los principios de igualdad, mérito, capacidad, idoneidad, publicidad y libre concurrencia. La concurrencia de estos principios en este procedimiento de selección se constituye como la mejor garantía, a mi juicio, para poder seleccionar al mejor candidato. Ello no excluye, sin embargo, la existencia de un cierto margen de discrecionalidad del órgano que finalmente vaya a proceder al nombramiento¹¹.

Pero, asimismo, ese estatuto jurídico del directivo público profesional debería garantizar una serie de atribuciones, sin las cuales no tendría sentido su propia existencia. Me refiero concretamente a que debe contar con unos márgenes de autonomía en la gestión de los recursos no sólo humanos, sino también materiales y económicos de la propia organización, y en correspondencia con esos márgenes de autonomía en la gestión, exigirle también la responsabilidad directiva inherente al cargo, incentivando no sólo económicamente (aunque son los más generalizados) sino en función del nivel de cumplimiento de los objetivos marcados por la organización, medidos también en la correspondiente evaluación del desempeño, en este caso, de los directivos públicos.

¹⁰ En este sentido, destaca asimismo el art. 32 del Anteproyecto Ley del Empleo Público Vasco que bajo la denominación de «Monografías de puestos directivos», establece la obligación de las Administraciones públicas de «deberán elaborar una monografía por cada puesto de naturaleza directiva que exista en la estructura. La monografía deberá determinar las funciones y el nivel retributivo asignados al puesto de trabajo, así como, las competencias profesionales específicas, en su caso, requeridas para el correcto desempeño de sus tareas». Las competencias profesionales requeridas para el desempeño del puesto de trabajo se estructurarán, al menos, en los siguientes apartados:

- a) Conocimientos mínimos exigidos.
- b) Experiencia profesional mínima en puestos de trabajo del mismo o similar ámbito funcional, así como, en su caso, los programas de formación que serán valorados en el proceso de provisión del puesto directivo.
- c) Otras competencias vinculadas con el correcto desempeño del puesto de trabajo.

¹¹ Este proceso, en palabras de JIMÉNEZ ASENSIO (*El personal directivo...*, *op. cit.*, pág. 18), «puede estar a cargo de oficinas de selección propias de las entidades del sector público o ser encargado a empresas especializadas. El resultado del proceso puede ser identificar a la persona que tiene las mejores competencias o también identificar cuáles de los candidatos demuestran tener las competencias mínimas requeridas para el desempeño del puesto directivo, y dejar un margen de discrecionalidad al órgano que proceda al nombramiento con el fin de que sea éste quien, en función de otra serie de variables (empatía, sintonía personal, género, etc.) y previa realización, en su caso, de entrevistas (o cualquier otra prueba de carácter complementario), elija la persona adecuada».

Otro punto esencial de este proceso es el que hace referencia al cese del personal directivo. A mi juicio, sólo debería producirse como consecuencia de una gestión inadecuada por no cumplir los objetivos marcados por la organización, tras la correspondiente evaluación del desempeño que así lo determine.

Incluso podría plantearse la posibilidad de establecer una limitación temporal para el ejercicio del puesto de trabajo, aunque vinculada también a los resultados de la evaluación¹². En consecuencia, la idea de discrecionalidad o pérdida confianza no deberían tener cabida.

Si consideramos razonables estas premisas y parámetros reseñados, podríamos llegar a compartir entonces que estas personas que están llamadas a ocupar esa esfera de la dirección pública, podrían ser también los propios empleados públicos. De ahí, precisamente, que consideremos necesario crear los puentes de conexión entre la carrera profesional del empleado público y la esfera de la dirección pública. Dar una respuesta, en definitiva, a esta falta de conexión entre ambos estadios, en base a los siguientes parámetros:

- 1) La conexión de la carrera con el sistema de dirección pública profesional, podría producirse a partir de un determinado grado/categoría del Grupo A (o grupo profesional equivalente)¹³.

¹² En este sentido, se pronuncia también M. GORRITI BONTIGUI (2010), «Los directivos públicos profesionales (DDP) en la AGE (Origen, ubicación, funciones, perfil profesionalización y cambio)», en *La Alta Dirección Pública: Análisis y Propuestas* (Coords. Luis ORTEGA ÁLVAREZ y Luis F. MAESO SECO), Madrid, Ed. INAP, págs. 67-68, cuando señala que «La evaluación debe entenderse como una institucionalización del reconocimiento que pretende fijar y premiar aquellos desempeños que consiguen los objetivos comprometidos y corregir, mediante el aprendizaje y la reflexión provocada, aquellos que no los consiguen».

Por ello, las razones por la que un Directivo Público Profesional (DPP) puede ser cesado, a juicio del autor, «deben ser trascendentes para la organización, estar bien medidas, ser replicables por otros evaluadores, no basarse en aspectos contingentes de la ejecución o en razones distintas del desempeño objetivo y tangible. Esta evaluación también debería realizarse en estas condiciones en los casos de cese por finalización del tiempo de ejercicio del puesto de DPP».

¹³ En este sentido, el art. 30.2 del Anteproyecto de Ley del Empleo Público Vasco establece que podrán tener carácter directivo los puestos de trabajo en los que de modo preferente se desempeñen todas o algunas de las siguientes funciones:

- a) Establecimiento y evaluación de objetivos.
- b) Participación en la formulación y ejecución de políticas públicas adoptadas por los niveles de dirección política.
- c) Planificación, coordinación, evaluación, innovación y mejora de los servicios y proyectos de su ámbito competencial, bajo la inmediata supervisión de los órganos de dirección política.
- d) Dirección de personas, gestión de recursos y ejecución del presupuesto en el ámbito de sus competencias.

- 2) Alternativamente podría plantearse también una conexión desvinculada del requisito de la titulación, es decir, que puedan llegar a acceder a este escalón directivo aquellos empleados con una larga trayectoria y experiencia en el desempeño de este tipo de puestos. Se trataría, en suma, del clásico ejemplo de aquel personal que comienza en el escalón más bajo de la estructura administrativa y que a lo largo de su vida profesional va asumiendo cada vez más responsabilidades hasta llegar a la cúspide de la organización, aportando su experiencia acumulada y conocimientos sobre las actividades allí desarrolladas, y que le permiten situarse como un candidato idóneo para el puesto directivo¹⁴.

V. IDENTIFICACIÓN DEL MODELO DE CARRERA A IMPLEMENTAR

Si bien es cierto que desde el plano teórico la implantación de cualquier modalidad o itinerario de carrera es posible, y que esta decisión debe corresponder a cada Administración Pública, en función de la dimensión de cada organización, de las actividades allí desarrolladas y de las posibilidades reales de hacer carrera del personal a su servicio.

No es menos cierto también que en la práctica, especialmente teniendo en cuenta las dificultades que plantea la gestión de una carrera basada en la ocupación sucesiva de puestos de trabajo, me hace considerar la modalidad de carrera horizontal como la más viable, en detrimento, por tanto, de la carrera vertical. Y ello, sin perjuicio, de que el desempeño de puestos de trabajo singularizados pueda ser considerado un mérito a valorar

-
- e) Asunción de un alto nivel de autonomía y de responsabilidad en el cumplimiento de sus objetivos.

¹⁴ En este sentido el documento *The Civil Service Reform Plan*, publicado en junio de 2012 por el Gobierno del Reino Unido, y con él continúa la reforma de su Administración Pública, como recoge el Equipo de redacción del Boletín de Función Pública del INAP («*The Civil Service Reform Plan*, el plan de reforma de la Administración pública del Reino Unido: contenido del documento y reacciones a su publicación», en *Boletín de Función Pública del INAP*, n.º 11, Octubre, 2012, pág. 15), dice literalmente que «no habrá con carácter general más de ocho escalones jerárquicos, de hecho en la mayor parte de la Administración habrá menos, y que todos los puestos estarán en principio abiertos a los “mejores”, independientemente de su grado personal».

Interesante también, en este sentido, es la experiencia que se está desarrollando en Portugal como así nos explican J. E. SORIANO y J. BILHIM (2014), «La racionalidad política y técnica en la selección de la alta administración pública y gestión pública portuguesa: una experiencia útil para España», en *Newsletter La Administración al Día*, INAP, edición de 28 de febrero de 2014.

en la progresión de la carrera horizontal¹⁵.

Esta apuesta por la carrera profesional horizontal no excluye, no obstante, la subsistencia de las modalidades de promoción interna, teniendo en cuenta especialmente en este caso, la valoración positiva y el buen funcionamiento que este tipo de promoción ha venido demostrando desde hace años atrás.

Se trata, en consecuencia, de la consideración de una única carrera profesional (la horizontal) y de la conveniencia de que la promoción profesional de los empleados públicos se haga efectiva en torno a los siguientes parámetros:

- 1) La configuración de una carrera profesional estable y distribuida durante toda la vida profesional del empleado público, desde

¹⁵ Y es que, como hemos venido señalando desde páginas atrás, la historia de nuestro modelo de empleo público nos ha permitido conocer las grandes disfuncionalidades de la implantación de la carrera vertical y que podemos sintetizar en las siguientes:

- a) El progreso o ascenso en la carrera exige cambiar de puesto de trabajo, y este movimiento se produce generalmente hacia los puestos clasificados con mayor nivel (por interés económico), y no hacia los puestos en los que el funcionario tenga un mejor desempeño (según su especialización) o una mayor motivación (según su interés profesional).
- b) El funcionamiento del sistema, en consecuencia, provoca una presión sobre el incremento de los niveles de los puestos de trabajo. Así, los cuerpos más influyentes en cada organización administrativa (y sucesivamente, el resto) consiguen que los puestos de ingreso tengan niveles muy elevados dentro de su intervalo. Por ejemplo, es habitual que el nivel de entrada de los funcionarios del antiguo grupo A sea el de 26 o 28, sobre un máximo de 30. Ello provoca una carrera profesional limitada entre los niveles de ese primer puesto de trabajo y los máximos del intervalo de su grupo de titulación. Si la progresión es un elemento importante de motivación, este modelo inflacionista desincentiva en poco tiempo.
- c) El resultado de esta presión a favor de mayores complementos, que suele ser de ascenso lineal para todos los puestos de trabajo, provoca además la mengua de los tramos de carrera profesional de los funcionarios de nuevo ingreso.

En este contexto, las Administraciones de mayores dimensiones se ven constantemente presionadas para la convocatoria de concursos masivos, que no responden a sus necesidades de optimización de los recursos humanos. Además, no podemos perder de vista que las convocatorias de concursos de provisión de puestos de trabajo provocan paralizaciones en la actividad administrativa de los empleados a los que afecta, obsesionados por la preparación y resultado de dichas convocatorias.

Por su parte, en las Administraciones de pequeñas dimensiones, en las que el número de puestos de trabajo es muy limitado, no es posible ofrecer puestos de trabajo que cubran la carrera profesional de los empleados. Por tanto, la carrera es reducida ya que no existe oportunidad de ocupar puestos de trabajo de superior nivel.

que accede hasta que cesa en el empleo público, concluida su vida laboral¹⁶.

- 2) La idea de desprogresión o descenso en el sistema de grados, categorías o escalones ha de estar regulada (en las respectivas leyes de desarrollo), tanto por la imposición de la sanción disciplinaria de demérito como por el resultado negativo de reiteradas evaluaciones del rendimiento.
- 3) Los órganos específicos de la valoración de la progresión/desprogresión de los empleados públicos, deberían asumir asimismo otras funciones relacionadas con el reclutamiento, selección y provisión de puestos de trabajo.
- 4) La implementación de la carrera horizontal ha de estar incardinada con las posibilidades presupuestarias, evitando su puesta en marcha en un corto espacio de tiempo a través de disposiciones transitorias. En consecuencia, su impacto presupuestario debiera estar bien distribuido en el tiempo y, de esta forma, poder evitar otras experiencias poco satisfactorias (ámbito de la salud).

Junto a este estado de cosas se hace necesario también tener en cuenta un presupuesto adicional que debería replantearse en el tránsito del modelo de carrera. Y, en este sentido, se plantea la necesidad de que las leyes de desarrollo establezcan un procedimiento de garantía respecto de aquellos grados consolidados por el sistema precedente.

Los empleados que ya tienen consolidados determinados grados no deberían decaer en este derecho ya resuelto. Por ello pudiera establecerse un umbral de garantía económica equivalente a los derechos ya consolidados.

Este umbral sería revalorizable, para no incurrir en pérdida de poder adquisitivo y no tendría un tratamiento idéntico a los complementos absorbibles dado que éstos una vez se minoran no vuelven a incrementarse. Por tanto, este umbral se activaría siempre que el empleado percibiese retribuciones de menor cuantía por su puesto de trabajo.

¹⁶ La determinación del número de grados, categorías o escalones así como el tiempo de permanencia en cada uno de ellos, es una decisión que ha de corresponder a los legisladores de desarrollo. Partimos, por tanto, de un horizonte temporal teórico de 35 años, aunque no necesariamente debe ser dimensionada hasta ese espacio temporal.

En este sentido, y a título meramente orientativo, puede tenerse en cuenta que las leyes autonómicas que han desarrollado el EBEP contemplan, en general, cuatro grados retribuidos más uno inicial no retribuido. Y establecen un horizonte entre 24 y 30 años.

Adicionalmente se podría establecer, dentro de la negociación sindical, una disposición transitoria durante los dos años siguientes a la entrada en vigor de la Ley, para concluir la consolidación del grado en curso. Pero a partir de ahí no debería haber más consolidaciones conforme al sistema anterior¹⁷.

Mención específica también merece el complemento retributivo de la carrera. A mi juicio, la estructura retributiva requiere ser replanteada a fin de dotarla de una mayor simplicidad que permita facilitar, a su vez, la gestión de las mismas. Y donde el complemento de carrera debería tener un peso más determinante en el conjunto del sistema retributivo. Me refiero a una estructura retributiva que sólo contemple tres conceptos, a saber: sueldo y carrera (qué se es), específico (qué se hace) y productividad (qué se consigue).

De esta forma, la propia existencia de los trienios (ligados al cómputo de la antigüedad) carecería ya de sentido, por lo que estarían destinados a su desaparición, sin perjuicio de que se puedan establecer situaciones transitorias y progresivas. De hecho, cabe subrayar que en otros países de nuestro entorno no existe este tipo de conceptos retributivos¹⁸.

¹⁷ En este punto, como señala J.M. RECIO SÁEZ DE GUINOA (2011), «Carrera y desarrollo profesional en el marco de la reforma del empleo público aragonés», en *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública. El empleo público en Aragón y tendencias de futuro*, número XIII, (Ed. Rafael Jiménez Asensio), pág. 353: «el anteproyecto de la Ley del Empleo Público de Aragón ha incorporado un régimen transitorio de carrera profesional en su disposición transitoria décima en virtud del cual cada Administración Pública decidirá el plazo y el inicio del proceso de implantación del nuevo modelo de carrera profesional. Hasta que tal implantación sea efectiva, continuará en vigor el actual régimen de consolidación de grado personal (DT 10^o.1.a), previéndose una cláusula de garantía de los derechos consolidados bajo el régimen anterior de consolidación de grado personal. El régimen transitorio regula, con carácter general, el proceso de implementación de la nueva carrera profesional sobre el régimen anterior. En concreto, establece para la Administración de la Comunidad Autónoma, un plazo de tres años a partir de la entrada en vigor de la ley para la regulación del régimen definitivo de carrera. Por tanto, en el plazo de tres años a partir de la entrada en vigor de la ley, deberá haberse implantado un sistema objetivo de evaluación del desempeño, en cumplimiento de lo que prevé el artículo 20.5 EBEP. Por otra parte, se realizan previsiones para la absorción en el futuro sistema, de aquellos componentes del complemento específicos vinculados al actual sistema de carrera profesional [DT 10^a.a) y b) ALEPA]. Finalmente, no se prevén efectos retributivos directos del reconocimiento, en aplicación del régimen transitorio, sino que, con independencia de la fecha de los efectos administrativos del reconocimiento, se pospone su devengo a lo que se prevea por acuerdo del Gobierno de Aragón en los términos dispuestos en las correspondientes Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma. No obstante, queda sin concretar cuáles serán los “plazos, términos y requisitos” para la adquisición de los sucesivos tramos de carrera horizontal por los funcionarios de carrera durante el régimen transitorio, cuya determinación corresponderá al Gobierno de Aragón, quedando abierta así una de las claves de esta cuestión».

¹⁸ Así como expresa J. R. PARARA VÁZQUEZ (2007), *Derecho del Empleo Público*, Madrid, Ed. Marcial Pons, pág. 71): «Es lo que en la función pública francesa, en

Este planteamiento exige, a su vez, una redefinición del peso específico que deberían tener estos conceptos dentro del sistema retributivo, es decir, del porcentaje que cada uno de estos conceptos representa en el total de las retribuciones percibidas. Así, y entre otras opciones posibles, pudiera considerarse que el sueldo representara un 40%, la carrera un 30%, el específico un 20% y la productividad un 10%.

En cualquier caso, lo que sí debería quedar claro es la importancia que las retribuciones ligadas a la carrera tienen que representar en el conjunto de un sistema retributivo más simple y fácil de gestionar que permita poner freno a buena parte de los errores que el pasado nos ha venido a enseñar en este punto¹⁹.

la que no existe retribución por trienios, llaman ascenso de antigüedad (*l'avancement à l'ancienneté*), que se da en el interior de la categoría personal del funcionario y que se otorga por el transcurso en situación de actividad durante un cierto periodo de tiempo, lo que da derecho a una determinada retribución. Algo que en el empleo público español no tiene sentido porque ya se premia la antigüedad a través de los trienios, de forma que ascenso horizontal terminará siendo para el funcionario inmóvil, pero sin calificación negativa que será lo normal, unos nuevos trienios o duodenios o sexenios, según el tiempo mínimo de permanencia exigido para el "ascenso".

¹⁹ Como señala asimismo F. A. CASTILLO BLANCO (2005), «Sistema salarial, gasto público y apuntes para su reforma en el empleo público español», en *Presupuesto y Gasto Público*, n.º 41., págs. 117 y 118: «La reforma del sistema retributivo ha de conseguir simplificar el sistema, según opinión que estimo es unánimemente compartida en la mayoría de las opiniones de los analistas del empleo público, y ha de conseguir, adicionalmente, que cada concepto retributivo responda claramente a un objetivo y que, además, lo logre sin duplicidad respecto de otros conceptos. Se ha de conseguir, en suma, que la estructura salarial sea mucho más simple (por ejemplo, cabría perfectamente en el sistema actual pensar en aunar el complemento de destino consolidado como sueldo y diferenciar netamente dicho complemento del específico) y más cognoscible, en los esquemas de su aplicación, por los empleados públicos». De esta forma, un número variopinto de medidas, pueden contemplarse como indica el autor:

«- El sueldo podría no ser exclusivamente la expresión de la titulación exigida para el ingreso, sino también la expresión de la categoría del funcionario, de las competencias que obtiene y de su progresión en el sistema de carrera.

- Puede configurarse el salario como un derecho de composición mixta que podrá estructurarse tanto sobre la base de elementos fijos (retribuciones ligadas a la categoría y la antigüedad), de elementos variables (relacionados con la concreta función que se desarrolla, las competencias que se consiguen en base a los objetivos de la organización y con los resultados conseguidos) y de elementos que también han de tener la consideración legal de salario aunque no se integren en la estructura del mismo (fondos sociales, incentivos a la jubilación anticipada o a la excedencia voluntaria, fondos de pensiones, etc.).

- El exceso en la jornada de trabajo, a diferencia de lo que sucede en la actualidad, sólo debe estructurarse en base a un tipo de complemento que, además, debiera quedar remitido al espacio normativo de cada Administración pública y al ámbito de la negociación colectiva.

Desde esta perspectiva, en consecuencia, el complemento retributivo de la carrera profesional ha de tener su reflejo tanto en la progresión como en la desprogresión, y ha de representar una incidencia significativa en el montante global de las retribuciones de los empleados públicos.

VI. RENOVACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE FORMACIÓN Y SELECCIÓN

No puede proyectarse una adecuada política de formación, sin unas pautas mínimas sobre las que poder hacer viables los diferentes campos de actuación sobre los que ha de proyectarse. Por ello, a mi juicio, al menos dos parámetros fundamentales deberían ser tenidos en cuenta:

- 1) La necesidad de un previo análisis de los puestos de trabajo, pues difícilmente puede diseñarse una adecuada política de formación sin conocer las funciones y actividades que allí se desarrollan, de cuáles son los conocimientos y capacidades que hay que actualizar y perfeccionar.
- 2) Cualquier actividad formativa debería ser planificada y evaluada conforme a criterios de utilidad y viabilidad, es decir, garantizar que los programas formativos responden a las necesidades específicas de cada organización, que este tipo de inversiones van a tener un impacto real en el desempeño de sus empleados

– El complemento de productividad ha de dejar de ser considerado como un elemento opcional en el sistema de percepción retributiva, su exigencia y devengo ha de ser obligatorio, conectado exclusivamente con los objetivos de la organización y relacionado estrechamente, en lo que se refiere a la evaluación del rendimiento, al sistema de progresión en la carrera administrativa y a otros subsistemas del empleo público.

Y así, con carácter general, los criterios salariales pueden atender esencialmente al puesto de trabajo (que es el criterio más comúnmente utilizado, aunque insuficiente como elemento motivador) y a la persona. Este último criterio, a vez, admite, inclusive de forma simultánea, varias modalidades: por desempeño, por potencial de rendimiento futuro, por las competencias útiles a la organización y la habilidad que en éstas obtiene el empleado y por antigüedad. El empleo público seguramente ha de cohonestar en distintos grados, según los sectores a que se atienda, ambos criterios para atender a las finalidades que se persiguen y teniendo presentes las singularidades que influyen en el empleo público. La estructura, a su vez, deberá obedecer normalmente a tres elementos: fija, variable y compensaciones económicas extrasalariales».

Las estructuras retributivas que les den cuerpo a estas recomendaciones, como añade, «podrían ser diversas y variadas y debieran quedar remitidas en su definición a las Administraciones Públicas en lo que se refiere a las percepciones salariales derivadas del puesto de trabajo y de la configuración de la carrera administrativa que haga cada Administración pública y cada organización del sector público».

públicos y, por ende, en el mejor funcionamiento de la Administración Pública en su conjunto; lo que requiere, a su vez, una evaluación y seguimiento posterior para comprobar que efectivamente se cumplen estos criterios.

Pero si de verdad queremos garantizar una formación bajo los requerimientos apuntados, no puede perderse de vista tampoco el papel que pueden y deberían jugar otras instituciones públicas o privadas. Y en este contexto de colaboración, resulta especialmente relevante la asociación que puede llegar a producirse entre las Universidades, las Escuelas o Institutos y las propias Administraciones Públicas, pues de lo que se trata también, a mi juicio, es de seguir sumando esfuerzos y poder fortalecer así esta vertiente formativa.

Se trata, en suma, de la necesidad de fomentar una oferta formativa de calidad que permita certificar las competencias profesionales para el acceso a los puestos directivos así como a otros cuerpos generales de la Administración respectiva, como así se viene desarrollando en otros países de nuestro entorno (la ENA en Francia)²⁰.

²⁰ Para llevar a cabo su cometido principal de democratizar el acceso a la alta función pública y profesionalizar la formación de altos cargos de la administración («L'École Nationale d'Administration (ENA)», en *Boletín de Función Pública del INAP*, n.º 1, Enero, 2011, pág. 37): «la ENA lleva a cabo numerosos procesos de formación inicial, no sólo de altos funcionarios franceses sino también extranjeros, a través de sesiones de corta o larga duración. Entre las materias que son objeto de formación prioritaria en la ENA, se encuentran las relaciones europeas e internacionales bilaterales y multilaterales en materia de gobierno público y administración, así como la formación en temas europeos y la presentación a oposiciones comunitarias. Hoy, como escuela polivalente y multidisciplinar, tal y como se define, la ENA se adapta a los nuevos retos territoriales, europeos e internacionales, formando a sus alumnos en una doble dimensión:

– Por un lado, dotándoles de conocimiento y experiencia en todos los campos esenciales de la acción pública, con un enfoque generalista e interministerial (Derecho, Hacienda pública, Economía aplicada, problemática europea e internacional, territorialización de las políticas públicas y administración electrónica).

– Formándoles, por otro, en materias de gestión pública (gestión de equipos, gestión de proyectos, seguimiento y medición del rendimiento colectivo, control de costes y gestión de recursos humanos, entre otros aspectos).

Asimismo, lleva a cabo un proceso formativo con alternancia entre períodos de prácticas y de estudios. Incluye intervenciones de profesionales que desarrollan su labor tanto en el sector público como privado, con el objetivo de hacer trabajar a los alumnos con un enfoque interministerial de la alta función pública. El período de prácticas o stage, se tutoriza por un alto funcionario. Además del curso general, la Escuela propone una variada oferta de formaciones:

– Masters, dirigidos a los cuadros de la administración y que dan lugar a un diploma de enseñanza superior. Algunos se realizan en colaboración con otras grandes

Desde estos planteamientos, podría plantearse asimismo una promoción profesional desvinculada del requisito de la titulación, si no en todos los Subgrupos, sí en la mayor parte de ellos. De esta forma, la promoción estaría más orientada a la certificación de las capacidades profesionales que el puesto de trabajo realmente demande, mediante la correspondiente superación de los cursos de formación requeridos, lo que permite conectar esta variable de la formación con los sistemas de acceso o reclutamiento.

Así, se podría seleccionar a las personas en función de la preparación que el puesto de trabajo realmente demande, evitando así la no poco usual frustración de empleados públicos en posesión de una titulación superior a la que el puesto de trabajo requiere. No obstante, el límite a esta posibilidad quedaría establecido para la promoción al Subgrupo A2, donde el título de Grado si constituiría una exigencia *sine qua non*²¹.

escuelas, organismos de formación o universidades de Francia o del extranjero. Ejemplos de ellos serían los masters europeos en gobernanza y administración o el máster profesional en gestión pública.

– Ciclos de formación en jornada completa, que pueden ser de corta o de larga duración (desde 2 semanas hasta varios meses), y están dirigidos a funcionarios franceses y extranjeros. Ejemplos de ellos serían los ciclos de Cooperación internacional y dirección de proyectos o el ciclo internacional de Administración pública.

– Ciclos semanales y mensuales, cuyo objetivo principal es fomentar la movilidad profesional de los cuadros que desean acceder a empleos de responsabilidad superior (ciclo de gestión pública y ciclo de asesores parlamentarios).

– Formaciones temáticas y especializadas, que tratan temas relacionados con la actualidad concreta de la acción pública.

– Sesiones preparadas a medida para organismos públicos o privados, franceses o extranjeros. Su contenido y el formato se elaboran con el organismo solicitante y pueden incluir visitas de estudios y prácticas».

²¹ Uno de los principios fundamentales en los que se inspira la Academia Federal de Administración Pública de la República Federal Alemana, como señala Katharina Konstanty, Coordinadora de Asuntos Europeos en la BAKöV («La BAKöV...», *op.cit.*, págs. 52-53), «es que la formación de funcionarios debe prolongarse durante toda su carrera administrativa (“a life-long learning process”). De esta forma, se pretende garantizar la calidad y la flexibilidad en la Administración formando personal que pueda desempeñar una gran variedad de funciones. El diseño del plan de actividades comienza con la elaboración de un borrador de programa anual que se remite a los distintos Ministerios Federales antes de que finalice el año. Los Ministerios dan su opinión sobre la oferta formativa ofrecida por la Academia y, a su vez, realizan propuestas sobre otras actividades que consideran necesarias para su propio personal y que desearían incluir en el plan de formación. El Comité Consultivo de la BAKöV aprueba los planes de formación anuales. Este Comité está compuesto por nueve miembros permanentes (representantes de varios Ministerios, regiones, municipios, sindicatos y funcionarios) y cinco no permanentes (representantes de empresas, universidades y otros expertos). La BAKöV cuenta además con un Comité Científico formado por dos miembros permanentes y los cinco no permanentes del Comité Consultivo. Las actividades de la BAKöV se dirigen a funcionarios federales de todos los niveles: tanto a aquellos que realizan tareas auxiliares como

VII. ORDENACIÓN DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL

La planificación de recursos humanos ha venido constituyendo también desde hace décadas, como señala Arroyo Yanes, «una de las asignaturas pendientes del empleo público, centrado preferentemente en cuanto a su gestión cotidiana en la pura aplicación del régimen jurídico previsto por parte de las Administraciones Públicas y las incidencias que ello plantea»²².

Y es que, en efecto, muchos de los problemas existentes en esta materia radican, más que en el acierto y la perfección técnica de las normas que lo regulan, que resulta obvio que también, en la correcta aplicación de las mismas.

En el ámbito de los recursos humanos la reflexión que se plasma en la planificación tiene, como expresa Palomar Olmeda, una doble vertiente: «por un lado, la detección y decisiones sobre las necesidades de recursos humanos y, por otro, la proyección en el tiempo de dichas necesidades y la forma de satisfacción de las mismas»²³. Pero esta tarea no puede ni debe afrontarse, en forma exclusiva, con el ajuste lineal, cuantitativo que no cualitativo y uniforme de la estructura del sector público y de las condiciones de trabajo de los empleados públicos.

El panorama actual de nuestras administraciones públicas no es, en cualquier caso, el más deseado en términos de productividad y eficiencia, y ello a pesar del conjunto de reformas emprendidas. Por ello se hace imprescindible otro tipo de política complementaria en el corto plazo.

a los que desempeñan puestos de nivel pre-directivo o directivo. En 2010, la BAKöV realizó 1.544 actividades formativas en las que participaron 17.719 funcionarios públicos. En cada Ministerio hay un coordinador de formación, una de cuyas labores es seleccionar en el propio Ministerio a los funcionarios que asistirán a los seminarios y cursos programados por la BAKöV. De esta forma se garantiza que el curso o actividad es realmente de interés para su trabajo y que los solicitantes cuentan con la autorización de su superior. La selección se realiza a través de una aplicación informática que facilita el contacto constante entre la BAKöV y los distintos Ministerios Federales».

²² L. M. ARROYO YANES (2008), «La ordenación de la actividad profesional en el Estatuto Básico del Empleado Público: planificación de recursos humanos y estructuración del empleo público», en *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas* (dir. Enrique Linde Paniagua), Madrid, Ed. Colex, pág. 204.

²³ A. PALOMAR OLMEDA (2014), «Instrumentos de flexibilidad y racionalización del personal funcionario: especial referencia a la jornada de trabajo. Las políticas públicas de emergencia en la gestión de los recursos humanos», en *La Reforma del Sector Público* (Dir. Federico A. Castillo Blanco), Sevilla, Ed. Instituto García Oviedo, pág. 271.

Ahora es el momento de repensar la organización. Como señala Castillo Blanco: «No sólo para emprender Planes de Empleo que nos permitan determinar, si la situación económica así lo exigiese, qué puestos en la organización son prescindibles, ya se trate de personal laboral o funcionario, atendiendo a las circunstancias del momento presente y sino son posibles otras deseables soluciones, sino más allá de esa política de ajuste para reflexionar, por una vez, sobre qué organización necesitamos para atender a los servicios que prestamos, qué grado de vinculación han de tener las personas que componen la organización, qué cosas debemos hacer y qué otras no, qué servicios hemos de prestar de forma directa y en qué otros resulta más conveniente su externalización, qué unidades administrativas han de seguir subsistiendo, que otras unidades han de ser remodeladas, cual ha de ser la estructuración interna de las distintas unidades administrativas, si resulta conveniente la existencia de unidades administrativas transversales o comunes en un planteamiento organizativo similar al que se está planteando en el ámbito de la administración de justicia con la denominada “oficina judicial” –y sin perjuicio de su discutible éxito en este ámbito–, los perfiles de puestos de trabajo que necesitamos para el futuro, etc.».

Con altura de miras, como añade, «nada nos impide racionalizar nuestra organización. La normativa actualmente vigente, sin necesidad de desarrollo normativo alguno del EBEP, nos permite adoptar medidas como las que se han señalado y marcar, desde el análisis de la organización, una hoja de ruta, en la mayor medida posible no traumática, en cuanto a desvinculaciones, incorporaciones, redefinición de las relaciones de puestos de trabajo y de las tareas atribuidas a éstos, movilidad, política de formación y reciclaje, etc.»²⁴.

Por todo este estado de cosas, en suma, se hace necesario entender que acometer una reforma en esta materia pasa, en primer término, por un cambio en la cultura de su aplicación y por tener, de forma previa, un buen análisis de los puestos de trabajo, huyendo de automatismos y análisis

²⁴ F. A. CASTILLO BLANCO (2013), «Sostenibilidad de la economía local: ¿estamos reordenando nuestra Administración y el empleo público para que sean estratégicos y competitivos para el desarrollo?», en *Estudios Jurídicos sobre Economía Urbana Sostenible* (Dir. Federico A. Castillo Blanco y Juan Francisco Pérez Gálvez), Granada, Ed. UIM, págs. 67 y 68.

Para profundizar sobre la necesaria articulación entre los mecanismos previstos en la legislación de empleo público y los instrumentos de flexibilización del empleo contemplados en la última reforma laboral puede verse asimismo el trabajo de F. A. CASTILLO BLANCO (2013), «¿Un nuevo episodio de desajuste entre el Derecho administrativo y el Derecho laboral?: una reflexión a propósito de las medidas adoptadas en la reforma laboral», *Revista de Administración Pública*, n.º 190, págs. 309-347.

estandarizados donde la singularidad así lo exija, y de los requisitos, habilidades, competencias y destrezas que requiere el ejercicio de los mismos.

Esta actuación, en sí misma, ya abre un amplio espectro de posibilidades de acción de los propios órganos competentes de cada Administración Pública que, atendiendo a la nueva perspectiva que subyace en el EBEP, deberían emprender un buen estudio organizativo –no ligado exclusivamente a la estructuración política de la entidad y no condicionado por ésta (me refiero, en concreto, en la creación de áreas organizativas en base al establecimiento de responsabilidades políticas)–, base de la futura organización administrativa plasmada en la relación de puestos de trabajo o instrumento similar. Que indique, para atender a las competencias y a los servicios que se prestan o han de prestarse, los puestos de trabajo, singularizados o no, necesarios y muy especialmente para los primeros el perfil profesional de desempeño necesario.

Ese documento, de alto perfil técnico, y que sería, en definitiva, la base de la planificación de recursos humanos, exige también una alta capacidad técnica hoy tal vez, más que nunca, necesitada de ser reforzada, y todo ello teniendo en cuenta nuevamente, las amplias potestades que el EBEP deja abiertas también para la ordenación y agrupación de los puestos de trabajo ²⁵.

Dicho esto, resulta relevante subrayar también algunas cuestiones, muchas de las cuales han sido ya apuntadas, y sobre las que no estaría de más reflexionar nuevamente ya que vienen a escenificar algunas de las patologías más frecuentemente detectadas en materia de gestión de recursos humanos.

Para empezar consideramos que la movilidad de los empleados públicos no debería ser concebida exclusivamente como un derecho de éstos, y menos como un derecho absoluto. Muy al contrario, su consagración sin los límites necesarios y con las precauciones de rigor, pueden producir enormes desajustes en las plantillas de personal y la imposibilidad de dotar de una

²⁵ En este sentido, el Grupo de Investigación del INAP de Carrera Administrativa en su Informe *Nuevos modelos de carrera administrativa*, de 29 de abril de 2013, viene a señalar la necesidad de: «establecer áreas relacionales, entendida como un área funcional distinta del área al que estaba adscrito el puesto de trabajo y con la que se relacionaban en función de los cometidos, características y procedimientos de trabajo análogos. A diferencia del área funcional, los puestos de trabajo podrían o no tener un área relacional, o tener varias, pero no eran obligatorias para la definición de un puesto de trabajo. Siguiendo referentes como el caso andaluz o el vasco, las áreas relacionales actúan como relaciones entre áreas funcionales que permiten rutas e itinerarios profesionales entre puestos de trabajo (a partir de la adquisición de determinados conocimientos y habilidades)». Estableciendo, en consecuencia, «itinerarios de carrea para los diferentes colectivos de acuerdo con las necesidades de la organización, fijando trayectorias potenciales de promoción en función de los puestos de trabajo dentro del área funcional específica, o del área relacional» (págs. 86 y ss.).

cierta coherencia a la gestión del personal de éstas, y todo ello por lo que se refiere a la movilidad interna como a la externa.

Desde este punto de vista, la clave será nuevamente el encuentro del punto de equilibrio necesario entre estos derechos de la Administración, derivados de su potestad autoorganizatoria y los derechos y objetivos que se derivan del EBEP. Siendo consciente, en todo momento, de que el legislador básico ha consagrado unas mayores posibilidades de acción para las Administraciones públicas en esta materia que no deben desaprovecharse. Sin perjuicio, como decimos, de establecer las necesarias prevenciones.

Pero la regulación de la movilidad voluntaria, no resulta ser sino el envés de la movilidad forzosa a la que el EBEP ha dedicado, específicamente, el artículo 81.2. Habilitando, por tanto, a las Administraciones Públicas a su ejercicio, con unas mínimas reglas de respeto a los derechos de los empleados públicos, que deberán completarse con alguna regla de prioridad en la elección de los empleados afectados, específicamente cuando afecten al derecho de residencia.

Otro tipo de consideraciones sugiere la movilidad externa de los empleados públicos, y que debieran ser abordadas en la legislación de desarrollo. Más aun, en estos momentos en que se podrían plantear trasvases de personal entre las distintas Administraciones Públicas, a fin de optimizar recursos y garantizar también la coherencia del sistema.

Y no podemos olvidar tampoco en este punto, como señalan Jiménez Asensio y Castillo Blanco, «las limitaciones del mundo local para construir Unidades de recursos humanos y diseñar políticas de organización y personal son, como es obvio, reducidas». Por ello, como subrayan, los municipios españoles necesitarán «una fuerte cooperación y asistencia técnica en estos ámbitos. Y es aquí donde surge, efectivamente, el importante papel que en este terreno pueden tener las Diputaciones Provinciales. Algunas ya lo están ejerciendo hace algún tiempo, pero es obvio que el EBEP abre un conjunto de necesidades a los municipios en materia de empleo público que las instituciones mejor colocadas territorial y funcionalmente para llevar a cabo tales apoyos institucionales son las propias Diputaciones Provinciales (o, en su caso, las Comunidades Autónomas uniprovinciales, las Diputaciones Forales, los Consejos Insulares o los Cabildos)»²⁶.

²⁶ R. JIMÉNEZ ASENSIO y F. A. CASTILLO BLANCO (2009), *Informe sobre el empleo público local. Balance y propuestas para su racionalización en el marco de la reforma del empleo público*, Madrid, Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, págs. 104-105. Como señalan los autores: «Esta función de cooperación y asistencia técnica en este terreno exigirá a las propias Diputaciones que inviertan también en su organización y en

Es ahora, en definitiva, el momento de aprovechar la ventana de oportunidad que ofrece la crisis económica y el convencimiento de la necesidad de acometer reformas estructurales, que de verdad incidan en aquellos puntos que nos permitirían disponer de la burocracia profesional que España necesita para enfrentar los retos que propone la situación actual y que exige una Administración competitiva y sostenible.

Y lo que parece claro también, *a sensu contrario*, es que difícilmente podremos avanzar en la consecución de estos objetivos, si no conseguimos implantar definitivamente todo este tipo de instrumentos de gestión de recursos humanos en el seno de nuestras organizaciones públicas.

sus políticas de recursos humanos, pues difícilmente podrán asistir en esos ámbitos a los municipios si previamente no se han reforzado institucionalmente a sí mismas. Bien es cierto que las Comunidades Autónomas también tienen una importancia fundamental como instituciones llamadas a cooperar y asistir técnicamente a los municipios en materia de recursos humanos. Posiblemente lo más razonable sea encargar primariamente la asistencia o cooperación a una u otra instancia en función de economías de escala. Así, hay determinadas políticas, como por ejemplo la formación de directivos públicos profesionales o Agencias de Evaluación del Empleo Público, que deben ser cabalmente diseñadas y, en su caso, ejecutadas a nivel autonómico (por las Escuelas e Institutos de Administración Pública), mientras que hay otras que pueden ser realizadas mejor por las Diputaciones Provinciales (tales, como por ejemplo, apoyo en los procesos selectivos, planes de carrera y promoción, etc.). Habrá que ponderar en cada caso en función de las circunstancias».

Incluso, como añaden, «apostamos también por impulsar la fórmula del Consorcio para llevar a cabo tales funciones. Así, por ejemplo, nada impediría que se configuraran Agencias de Empleo Público Local como Consorcios entre Diputación y Ayuntamiento, y que asuman determinadas funciones en materia de empleo público que los Ayuntamientos individualmente no pueden llevar a cabo o lo hacen de forma deficiente. Se deben buscar, por tanto, sinergias y se deben reforzar institucionalmente los municipios en estas materias».

A FLEXIBILIDADE COMO NOVO MODO DE SER DA RELAÇÃO DE EMPREGO PÚBLICO: NECESSIDADE OU ESTRATÉGIA DE DOMÍNIO?

FRANCISCO LIBERAL FERNANDES
Professor Auxiliar de Direito Laboral
Universidade do Porto

Sumário: *Comentário geral sobre as alterações introduzidas no regime do trabalho público*

1. Como é sabido, a flexibilização das condições de emprego e trabalho (tal como actualmente é concebida) fez a sua entrada (triumfante) no direito do trabalho há sensivelmente quatro décadas. Desde então, o desenvolvimento de uma e do outro tem mantido entre si uma associação constante ou estrutural, de tal forma que as sucessivas reformas da legislação laboral são inevitavelmente marcadas pelo incremento e o desenvolvimento da flexibilidade das condições de trabalho.

Apesar de as manifestações dessa mudança serem objecto de uma ampla análise e discussão, convirá, como ponto de partida, sintetizar as suas principais concretizações cujo denominador comum (embora não único) reside, como é sabido, na criação de novos mecanismos ou na modificação dos já existentes que possibilitem a redução do preço (directo ou indirecto) do trabalho na formação dos custos dos produtos e dos serviços¹. Muito suma-

¹ A evolução das normas laborais sempre foi expressão do «jogo do peso e do

riamente, iremos dividi-las em dois grupos, aliás complementares.

O primeiro é relativo à contracção do âmbito da ordem pública social e, com isso, de muitas das concretizações normativas alcançadas ao longo das décadas anteriores. Corolário dessa desregulamentação do mercado de trabalho é a recuperação do trabalho autónomo, a crescente devolução da disciplina legal das condições laborais para a autonomia individual e para a contratação colectiva² — cuja esfera normativa tem sido igualmente

contrapeso entre a acção económica dos empregadores e a acção colectiva dos trabalhadores» (SUPIOT, ALAIN (2001), «Revisiter les droits d'action collective», *Droit Social*, n.ºs 7/8, pág. 687). Semelhante situação vem confirmar o carácter evolutivo da legislação laboral e a sua natureza de direito 'inacabado', sujeito a constantes ajustamentos, tal como, já nos anos 40 do século passado, era evidenciado por P. DURAND e JAUSSAUD, R. (1947), in *Traité de droit du travail*, tomo I, Paris, pág. 214. De igual modo, cf. Umberto ROMAGNOLI (2002), «Il diritto del lavoro tra disincanto e ragionevoli utopie», *Lavoro e Diritto*, n.º 2, pág. 228.

Com efeito, as novas condições económicas e sociais surgidas na década de setenta — ciclos de menor prosperidade económica, alteração das regras de concorrência internacional (globalização da economia), progresso tecnológico, descentralização produtiva e desagregação das estruturas produtivas tradicionais — e as consequentes exigências de aumento da produtividade que, neste novo quadro, passaram a ser colocadas às empresas e aos serviços públicos deram origem a uma realidade laboral complexa e multiforme, caracterizada pela necessidade de flexibilizar a respectiva organização e funcionamento.

Estes factores vieram pôr em causa a homogeneidade normativa alcançada, particularmente a tipologia contratual existente e a aplicação em termos universais do protótipo da relação de trabalho subordinado, saído da relação de trabalho instituída ao nível determinado pela grande empresa e das respectivas necessidades — o trabalho de duração indeterminada, prestado a tempo inteiro, no mesmo local, durante um horário fixo, prévia e unilateralmente determinado. Ora, as novas condições de produção desencadearam o processo de alteração (associado de uma maneira geral aos interesses do patronato) não só das concretizações jurídicas obtidas, como ainda do próprio sistema de fontes de direito do trabalho, particularmente no que diz respeito às relações entre a lei e a convenção colectiva, ou entre esta e o contrato de trabalho. Neste contexto, ganha destaque especial a contestação do papel garantístico da lei e da função reguladora do Estado, ao mesmo tempo que a autonomia, colectiva e individual, é promovida a fonte prioritária de fixação das condições de trabalho e a empresa arvorada em centro de gravidade das relações profissionais.

Aliás, este retorno ao contrato de trabalho não deixa em parte de ser suportado por uma ideologia individualista reinante entre os próprios trabalhadores.

² Por exemplo, a legislação dos países desenvolvidos relativa ao tempo de trabalho tem sido considerada de ordem pública, estritamente ligada à preservação da saúde e segurança no trabalho. Neste sentido, aliás, afirmava-se num relatório de 1989 do BIT que aquela legislação formava «... une série de règles ou d'exigences minimales qui ne pouvaient être enfreintes que dans des circonstances exceptionnelles et pendent un très bref laps de temps», admitindo-se embora que «plusieurs pays industriels admettent maintenant que les conventions collectives modifient de nombreuses dispositions législatives de base sur le temps de travail» (OIT, *Les problèmes du temps de travail dans les pays industrialisés*, Genebra, BIT, 1989, pág. 68). Apesar de os actuais textos legais continuarem a associar a regulação do tempo de trabalho aos mesmos objectivos, o certo é que a sua imperatividade tem sido progressivamente reduzida, além de que tem sido objecto de uma flexibilização, cujas concretizações não deixam de colocar em causa a referida natureza de ordem pública.

objecto de redução, em consequência da limitação do princípio do *favor laboratoris* e da modificação do sistema de fontes de direito que lhe estava associado³ —, assim como a recomposição das relações entre a liberdade sindical e a autonomia individual⁴.

O segundo grupo em que se manifesta essa flexibilização consiste, a par da manutenção dos clássicos mecanismos de flexibilização, como o trabalho suplementar, o trabalho por turnos, o trabalho nocturno, o contrato a tempo parcial ou o contrato a termo, na instituição por via legislativa de novas formas de organização das condições de trabalho: assim, a polivalência funcional, a mobilidade geográfica⁵, novos mecanismos de organização do tempo de trabalho⁶, a instituição de relações laborais atípicas⁷, a relati-

Aliás, o movimento de erosão da ordem pública social fora já vaticinado, nos anos 70, por Otto Kahn-Freund, a propósito do desenvolvimento das empresas multinacionais e da consequente internacionalização da gestão empresarial: “With the growth of multinational enterprise, management becomes to a large extent an international power - where is the countervailing power? ... The entire basis of our thinking on collective industrial relations and collective labour law is destroyed by this development” («A Lawyer’s Reflections on Multinationals Corporations», *Journal of Industrial Relations*, 1972, pág. 356).

³ Cf. João REIS (2014), «Princípio do tratamento mais favorável e da norma mínima», *Para Jorge Leite: Escritos Jurídico-Laborais*, coordenação de IDEM/Leal AMADO/Liberal FERNANDES/Regina REDINHA, Coimbra, Coimbra Editora, vol. I, pág. 855 s.

⁴ Exemplo dessa evolução é a possibilidade de adesão individual às convenções colectivas, independentemente da filiação sindical (art. 497.º do Código do Trabalho e art. 370.º, n.º 5, da Lei n.º 35/2014).

⁵ Relativamente ao trabalho realizado fora do local de trabalho, os novos meios de geolocalização vieram permitir ao empregador controlar em termos praticamente absolutos o trabalho prestado no exterior, designadamente a localização dos veículos, com indicação da velocidade e da direcção em que circulam, dos tempos de condução e de paragem, consumo de combustíveis e de quilómetros percorridos ou o controlo das chamadas efectuadas e recebidas.

⁶ Cf. F. Liberal FERNANDES (2007), «Notas sobre a flexibilização do tempo de trabalho», *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Coimbra, Coimbra Editora, vol. II, pág. 705 e s. A flexibilização do tempo e trabalho não é uma criação do presente, como é demonstrado pelos institutos anteriormente referidos; porém, enquanto no passado essa flexibilidade estava limitada a algumas profissões e a determinados sectores (como a hotelaria e a restauração, os serviços de saúde e alguns sectores da actividade industrial), hoje, não só assume novas formas, como abrange uma maior diversidade quer de categorias de trabalhadores quer de tipos de actividade.

Muito recentemente, a Lei n.º 84/2015, de 7-8, veio introduzir no regime de trabalho em funções públicas uma nova modalidade de horário de trabalho, a meia jornada; embora tenha como finalidade principal a tutela da parentalidade, o novo regime não deixa igualmente de constituir um incentivo à redução do tempo de trabalho e à partilha dos postos de trabalho.

⁷ Vide Maria Regina REDINHA (2015), *Relações atípicas de emprego (a cautionary tale)*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto; Cláudia Henriques NUNES

vização do valor da segurança no emprego e a criação de novas formas de extinção do contrato de trabalho⁸.

No centro dessa flexibilização está o actual contexto de produção de bens e serviços que impõe novas exigências no que respeita à organização da actividade laboral. Mas se a materialidade destruidora/criadora que decorre das novas circunstâncias não poderá ser objecto de negação pelos juristas, já relativamente à natureza das suas concretizações jus-laborais é muito duvidoso que possam ser encaradas como meras consequências mecânicas ou necessárias da nova ordem económica, não sendo por isso de excluir (antes pelo contrário) a hipótese de estarmos perante a actuação de uma razão com objectivos que nos parecem ir além das necessidades decorrentes do actual quadro sócio-económico.

No plano político-jurídico, as mudanças introduzidas no regime do trabalho público não económico têm sido genericamente justificadas pela situação de austeridade financeira dos Estados, pela necessidade de criar uma Administração pública dotada de meios que lhe permitam não só adaptar o seu funcionamento à moderna realidade tecnológica, à necessidade de aumentar a eficiência dos respectivos recursos (designadamente a nível da capacidade de resposta dos serviços relativamente à satisfação das necessidades sociais), como também de ajustar a sua dimensão em face do processo de liberalização ou privatização de algumas actividades tradicionalmente asseguradas pelo Estado em moldes monopolistas ou quase monopolistas. Se o lema de toda esta evolução é “menos Estado, mas melhor Estado”, a dúvida é saber se, a par de outros factores igualmente determinantes, o grau de flexibilidade introduzida nas relações laborais (e de relações de poder que lhe está subjacente) contribui na realidade para alcançar os resultados pretendidos ou exigíveis.

2. Se no direito do trabalho é geracional, a flexibilização da disciplina do emprego do sector público não económico é entre nós relativamente recente; porém, mais do que a sua juventude, ela é contemporânea da modificação de um paradigma normativo secular, caracterizado pela posição

(2014), *O contrato de trabalho em funções públicas face à lei geral do trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 91 e s..

⁸ Enquanto no passado recente a flexibilidade decorrente, por exemplo, do trabalho suplementar, do contrato a termo, do trabalho por turnos, do trabalho nocturno ou do trabalho ao domingo estava limitada a algumas profissões e a determinados sectores, hoje não só assume um maior número de formas, como passou a abranger amplos sectores de actividades e de categorias de trabalhadores.

de supremacia jurídica da Administração (e pelo correspectivo estatuto de particular dependência do agente ao Estado) e pela natureza unilateral ou regulamentar da respectiva disciplina⁹. Com efeito, a privatização introduzida pela Lei n.º 23/2004 acabou por não pôr em causa o unilateralismo típico daquele regime¹⁰, porquanto apenas abrangia os novos trabalhadores admitidos na Administração Pública.

Foi apenas em 2008, com as Leis n.º 12-A e n.º 59, que se verificou uma verdadeira evolução do direito do emprego público, na medida em que o modelo estatutário ou legal da função pública deu lugar a um regime quase contratualista. Com efeito, na sequência daquelas leis, o emprego público deixou de assentar na regra da nomeação para passar a ter por base o contrato de trabalho em funções públicas¹¹; contudo, este contra-

⁹ Com efeito, ao longo do séc. XIX e durante os princípios do séc. XX, o emprego público não era concebido como uma relação de trabalho no sentido comum ou técnico, mas como um vínculo interno ou de natureza organizativa; a categoria jurídica que fundamentava esta realidade normativa era o conceito de relação especial de poder, criado pela doutrina alemã do final do século XIX (Laband, Otto Mayer). Por outro lado, o tipo de hierarquia instituída, legitimada por aquela noção, transformou-se no eixo fundamental que presidiu à organização da actividade laboral nos serviços administrativos, a qual acabava assim por reflectir os interesses e valores jurídico-políticos (o domínio da autoridade e da unidade do aparelho do Estado em ordem à realização do interesse geral) e ideológicos (a concepção do agente público como servidor do interesse geral) que o regime visava garantir. Cf. F. Liberal FERNANDES (2010), *A obrigação de serviços mínimos como técnica de regulação da greve nos serviços essenciais*, Coimbra Editora, p. 185 e s.

Aliás, a associação jurídica estabelecida entre interesse público e estatuto de limitação da liberdade dos agentes veio conferir àquela matriz do emprego público uma certa aura de neutralidade jurídico-política, a qual, associada ao facto de as suas linhas essenciais serem arvoradas em instrumentos indispensáveis ao bom funcionamento da Administração e à realização dos respectivos fins, explica que o sistema clássico de emprego público tenha, no essencial, vigorado em regimes políticos tão diversos como o Estado liberal, o Estado fascista ou o Estado democrático, não obstante os diferentes princípios em que cada um destes sistemas assenta; *idem*, p. 195 s.

¹⁰ O unilateralismo da disciplina do emprego público caracterizava-se pela sua natureza exclusivamente legal e regulamentar, e por possuir uma dimensão totalizante, unitária e igualitária relativamente a todas as actividades laborais que possuíam carácter de estabilidade e de permanência. É certo que o sistema clássico já admitia o contrato de trabalho a termo (cuja admissibilidade tinha no entanto carácter excepcional) e o contrato administrativo de provimento, dirigido ao exercício de funções sem carácter de permanência; contudo estas formas contratuais eram de dimensão claramente menor face à figura da nomeação.

¹¹ Diferentemente da Lei n.º 23/2004, a quase universalização da contratualização das relações de emprego público introduzida na reforma de 2008 foi operada, como se sabe, através da conversão *ope legis* em contratos de trabalho em funções públicas de todas as relações laborais constituídas por nomeação ou por contrato de provimento.

tualismo continua excluído para um certo número de actividades, ligadas genericamente ao exercício das funções de autoridade pública. Além disso, essa contratualização foi acompanhada do reconhecimento do direito de contratação colectiva, o qual, pelo menos no plano formal, constitui um dos principais aspectos de ruptura com o unilateralismo clássico¹².

Contudo, a natureza pública do contrato de trabalho em funções públicas significa um certo retrocesso relativamente à via laboralista assumida formalmente na Lei n.º 23/2004, então revogada. Ou seja, o clássico unilateralismo do emprego público deu lugar a um regime de matriz contratualista, cuja natureza pública permite à Administração pública conservar determinados poderes privilegiados na gestão dos seus trabalhadores, razão pela qual a evolução verificada constitui uma ruptura parcial com o passado — ultrapassada que foi a fase da qualificação da relação de emprego público enquanto vínculo de organização interna e de carácter não patrimonial¹³.

Apesar desta diferenciação formal, a reforma do regime do emprego público tem-se pautado no plano substantivo por uma aproximação progressiva ao Código do Trabalho, ao ponto de poder dizer-se que o contrato de trabalho em funções públicas possui uma dimensão materialmente laboral, embora formalmente administrativa.

3. Não obstante os factores que justificam ou explicam a flexibilização das relações de trabalho subordinado não serem comuns ou idênticos nos sectores privado e público (especialmente no sector público não económico), o certo é que as sucessivas reformas do trabalho público não só incorporaram a grande maioria das medidas de flexibilização do contrato de trabalho (aliás, na reforma de 2014, o legislador recorre à técnica da remissão

¹² Com efeito, não obstante a evolução operada pela Lei n.º 23/2004 — que ao centrar o seu âmbito de aplicação apenas nos trabalhadores deixou praticamente intacto o regime clássico —, só com a reforma de 2008 é que o legislador comum veio reconhecer o direito de contratação colectiva aos trabalhadores do Estado integrados no sector não económico — até então apenas dispunham do direito de negociação colectiva, cujo exercício não era vinculativo para a Administração —, pondo assim fim a décadas de inconstitucionalidade por omissão. Veja-se Pedro Madeira de BRITO (2014), «O reconhecimento legal do direito à contratação colectiva dos trabalhadores da Administração Pública: da negação à consolidação», *Questões Laborais*, n.º 45, pág. 327 e s.; DGAEP (2013), *A contratação colectiva na Administração Pública. Caracterização e avaliação do modelo português (2009-2013)*. Relativamente à situação anterior às leis de 2008, veja-se F. Liberal FERNANDES (1998) «O direito de negociação colectiva na Administração Pública», *Questões Laborais*, n.º 12, pág. 221.

¹³ Cf. F. Liberal FERNANDES (1995), *Autonomia colectiva dos trabalhadores da Administração. Crise do modelo clássico de emprego público*, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 83 e s.

para o CT¹⁴, o que, aliás, não deixa de criar problemas quanto à delimitação do respectivo alcance), como em certas matérias — assim relativamente à mobilidade e à comissão de serviço — não se coíbiu de ir mais além do que o CT, ao perpetuar poderes exorbitantes da Administração, típicos do unilateralismo clássico do emprego público.

Dado que a Administração pública integra uma multiplicidade de sectores e serviços com características e níveis de desenvolvimento diferenciados, compreende-se que a contratação colectiva constitua uma fonte particularmente bem posicionada para definir as regras de flexibilização das condições de trabalho que se adaptem às necessidades dessas unidades. Este papel específico da contratação colectiva adquire maior acuidade se tivermos em atenção que a coexistência dos interesses das partes — por um lado, o funcionamento eficiente dos serviços, por outro, a tutela da saúde física e psíquica de quem trabalha, a adequação da vida familiar com a vida profissional ou a autodisponibilidade dos trabalhadores — é compatível com uma geometria variável de densificações normativas e, portanto, com diferentes níveis e formas de regulamentação.

Apesar das vantagens de ordem político-social proporcionadas pelo processo de decisão bilateral, nem sempre o legislador adoptou a autonomia colectiva como via complementar da lei. Um desses exemplos é a organização do tempo de trabalho, concretamente os regimes de adaptabilidade e do banco de horas (art. 106.º), em que optou apenas pelas modalidades individual e grupal — as quais não deixam de conferir, especialmente a segunda, uma posição contratual reforçada, não obstante alguns aspectos do respectivo regime conflituarem com o disposto no art. 112.º, n.º 5, da CRP¹⁵.

¹⁴ Aliás, este tipo de comunicação entre os dois sectores não é propriamente uma novidade. Com efeito, já durante o século passado foi patente um processo de osmose entre o direito do trabalho e o direito da função pública, da qual resultou uma aproximação das respectivas disciplinas.

Esse processo consistiu na recepção pelo contrato de trabalho de determinadas condições originárias do sector público (como, por exemplo, segurança no trabalho, direito a férias, reforma, regime de qualificação profissional e de progressão na carreira); e, relativamente ao emprego público, na introdução de normas relativas à liberdade sindical, à greve, ao direito de participação na fixação das condições de trabalho, ao pagamento do trabalho suplementar.

Em traços gerais, a evolução do regime da função pública processou-se em sentido inverso ao verificado no contrato de trabalho. Assim, enquanto o tradicional carácter unilateral e autoritário da regulamentação do sector estadual foi acompanhado pelo estabelecimento de determinadas regalias individuais (por exemplo, a segurança no emprego e a garantia de uma carreira profissional), o Direito do Trabalho começou por consagrar garantias subjectivas muito ténues, de tal modo que a aquisição de verdadeiros direitos foi uma consequência da acção colectiva dos trabalhadores.

¹⁵ Cf. F. Liberal FERNANDES (2014) «Breves considerações sobre o acórdão

Relativamente a outros aspectos, pelo contrário, há uma remissão constitutiva para a contratação colectiva, cuja inércia obsta assim à aplicação dessas derrogações. Exemplo disso, são os casos em que se admite não ser gozado o período normal do descanso diário ou do descanso semanal, respectivamente arts. 123.º, n.º 4, e 125.º, n.º 5, ambos da Lei n.º 35/2014.

4. Pese embora a existência de uma certa harmonização normativa no espaço comunitário (também aplicável genericamente ao sector público), a flexibilização das condições de trabalho apresenta formas e graus diversos a nível de cada Estado. Tendo a respectiva previsão/efectivação origem na lei, na negociação colectiva, na autonomia contratual das partes e no poder regulamentar do empregador, compreende-se que as diversas concretizações que esse pluralismo normativo assume não poderiam deixar de reflectir as diferenças existentes ao nível dos ordenamentos jurídicos, das ideologias políticas que as suportam e dos sistemas de relações profissionais que as enquadram.

Por outro lado, o protagonismo normativo assumido por cada uma destas fontes está em geral dependente: *i)* do grau de intervencionismo do legislador na fixação da disciplina laboral; *ii)* da concretização normativa alcançada a nível da autonomia colectiva; *iii)* do diálogo social instituído e do modo como os dirigentes dos serviços exercem as suas prerrogativas de direcção e de regulamentação interna.

Contudo, um dos aspectos que mais contribui para o aumento da flexibilização (*rectius*, instabilidade) nos serviços administrativos tem a ver com a cláusula de salvaguarda do interesse público. Não se nega o seu papel na regulação do emprego público, até porque está consagrada constitucionalmente; na prática, porém, trata-se de uma noção que, fruto da sua limitada densificação por parte do legislador comum, é susceptível de instrumentalização grosseira por parte dos dirigentes dos serviços.

5. Se tivermos como padrão de referência a gestão empresarial, parece haver consenso quanto ao reconhecimento de que a flexibilização do modelo contratual do emprego público (apesar da supremacia formal conferida à Administração relativamente aos seus trabalhadores) pode revelar-se um factor de incremento da eficiência dos serviços, ainda que por si só não constitua uma garantia de resultado.

n.º 602/2013 do Tribunal Constitucional», *Revista Electrónica de Direito* (FDUP), n.º 1.

Neste sentido, a Lei 35/2014 não só promove o aumento da desregulamentação o regime — na medida em que devolve para a autonomia privada, individual e colectiva, a fixação de um conjunto mais amplo de condições de trabalho —, reforça os poderes discricionários dos dirigentes dos serviços¹⁶, como vem permitir o despedimento através de esquemas diversos dos previstos pelo CT.

Com efeito, a necessidade de criar outros instrumentos que completassem os já existentes passou a ser apresentada como indispensável, principalmente a partir do momento em que a necessidade de reduzir a despesa pública — e, com isso, os custos do trabalho — se transformou num imperativo jurídico-político. Objectivo que a Lei n.º 35/2014 promove seja através da redução dos efectivos (reforma, requalificação), seja através da substituição das fórmulas mais onerosas da organização do tempo de trabalho por outras mais económicas, designadamente através da redução dos custos com o trabalho suplementar ou através do recurso ao trabalho temporário ou aos regimes de flexibilidade do tempo de trabalho, incluindo a diversidade de horários, ou a meia jornada de trabalho.

Neste sentido, o legislador não só recorre a mecanismos de flexibilização previstos no Código do Trabalho, como relativamente a outros — assim, a mobilidade ou cedência de trabalhadores — adopta uma disciplina que assenta em princípios opostos aos daquele diploma. Com efeito, enquanto no Código do Trabalho vigora um princípio de proibição de cedência (art. 129.º, n.º 1, alínea g)), na Lei n.º 35/2014, a mobilidade constitui um princípio geral de organização do trabalho, de imposição unilateral em determinadas situações.

Além disso, relativamente à reorganização dos serviços e consequente reafecção dos trabalhadores, a lei não confere qualquer tipo de garantias aos trabalhadores — o que significa que se mantém o unilateralismo típico do modelo clássico do emprego público. Por outro lado, a criação de uma bolsa de emprego público não deixa de lembrar conceitos ou realidades como o de “exército industrial de reserva” e as suas implicações negativas a nível da concorrência entre trabalhadores.

¹⁶ Este reforço dos poderes discricionários das direcções dos serviços públicos sucede ou substitui no plano formal o princípio da hierarquia que tradicionalmente presidia à organização do trabalho público. Para além de assumir uma aparente neutralidade que permite compatibilizar sem dificuldades o seu exercício com a contratualização do regime, a sua aplicação goza de uma sindicalização judicial menos garantística dos interesses ou direitos dos trabalhadores.

6. Contudo, como nos revela o *Estudo Comparado de Regimes de Emprego Público de Países Europeus*, de 2007, elaborado pelo INA (Instituto Nacional de Administração) e pela DGAEP (Direcção-Geral de Administração e do Emprego Público), não pode extrair-se uma correspondência directa entre o tipo de regime por que se rege o emprego público e o grau de eficiência ou desempenho das Administrações públicas. Com efeito, há países em que a boa eficiência é igualmente alcançada tanto através do regime contratual como do estatutário. O que nos permite concluir que há outros factores para além do sistema jurídico adoptado — como a qualidade dos recursos humanos, a organização e a gestão dos serviços, e, não menos importante, a motivação dos trabalhadores — decisivos para uma boa administração.

Embora a reforma do emprego público caminhe no sentido de uma convergência com o direito do trabalho, como se disse, não pode esquecer-se que as exigências de mercado que podem explicar a flexibilidade no regime laboral não são transponíveis sem mais para a actividade desenvolvida pela Administração — pese embora a existência de uma globalização que também atinge os próprios Estados e que os incentiva a criar condições de concorrência dirigida à captação do investimento estrangeiro, e cujos efeitos se fazem sentir, ainda que de modo mediato, no funcionamento dos serviços públicos —, porquanto no sector público continua a ser exigido o cumprimento de um conjunto de funções (substancialmente mais amplas do que as relacionadas com o exercício das funções de autoridade) cuja boa execução reclama garantias de estabilidade laboral a que o novo regime parece adverso ou alheio.

Daí a pertinência da interrogação formulada por Nuno de Sousa¹⁷: «a reforma do emprego público visa concretizar regras de boa administração ou apenas sanear as contas públicas conforme o mandato da Troika?». Ou de uma forma mais abrangente, não esconderá o grau de flexibilidade introduzida no emprego público uma escolha jurídico-política no sentido de aumentar não apenas a eficiência, mas principalmente, e à semelhança do que se verifica nas empresas, alcançar um maior domínio sobre as pessoas que aí prestam a sua actividade profissional?

¹⁷ «A reforma do emprego público em Portugal», *Questões Laborais*, n.º 45, Julho-Dezembro 2014, pág. 246.

BIBLIOGRAFIA

- A contratação colectiva na Administração Pública. Caracterização e avaliação do modelo português* (2009-2013), DGAEP, 2013.
- BRITO, Pedro Madeira de (2014), «O reconhecimento legal do direito à contratação colectiva dos trabalhadores da Administração Pública: da negação à consolidação», *Questões Laborais*, n.º 45, Coimbra, Coimbra Editora. *Estudo Comparado de Regimes de Emprego Público de Países Europeus*, INA/DGAEP, 2007.
- FERNANDES, F. Liberal (1995), *Autonomia colectiva dos trabalhadores da Administração. Crise do modelo clássico de emprego público*, Coimbra, Coimbra Editora.
- (1998), «O direito de negociação colectiva na Administração Pública», *Questões Laborais*, n.º 12, Coimbra, Coimbra Editora.
- (2007), «Notas sobre a flexibilização do tempo de trabalho», *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Coimbra, Coimbra Editora, vol. II.
- (2014) «Breves considerações sobre o acórdão n.º 602/2013 do Tribunal Constitucional», *Revista Electrónica de Direito*, n.º 1, Faculdade de Direito da Universidade do Porto.
- KAHN-FREUND, Otto (1972), «A Lawyer's Reflections on Multinationals Corporations», *Journal of Industrial Relations*.
- NUNES, Cláudia Henriques (2014), *O contrato de trabalho em funções públicas face à lei geral do trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora.
- REDINHA, Maria Regina (2015), *Relações atípicas de emprego (a cautionary tale)*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto.
- REIS, João (2014), «Princípio do tratamento mais favorável e da norma mínima», *Para Jorge Leite: Escritos Jurídico-Laborais*, coordenação de João Reis/Leal Amado/Liberal Fernandes/Regina Redinha, Coimbra, Coimbra Editora, vol. I.
- SOUSA, Nuno de (2014), «A reforma do emprego público em Portugal», *Questões Laborais*, n.º 45, Julho-Dezembro 2014, Coimbra, Coimbra Editora.

(Página deixada propositadamente em branco)

EL DESPIDO COLECTIVO
EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
EN ESPAÑA: EL REAJUSTE ECONÓMICO
Y LAS REPERCUSIONES EN MATERIA DE PERSONAL.
ALGUNOS PUNTOS CRÍTICOS

MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

Sumario: *I. Consideraciones Previas. II. La Reorganización del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas: Instrumentos Laborales de Gestión de Personal. III. El Despido Colectivo del Personal Laboral: una Fórmula de Último Recurso en el Nuevo Modelo de Empleo Público. A) Consideraciones previas. B) La existencia de dos procedimientos de despido colectivo para el personal laboral que presta servicios en el sector público. C) La causalidad del despido colectivo en las Administraciones públicas: la flexibilización de la causa y la supresión de la autorización administrativa. D) El deber de buena fe en la negociación en el expediente de regulación de empleo. E) La inexistencia de criterios de selección en los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones públicas. F) La exigencia de documentación y la consideración de nulidad de despido por defecto de forma. G) Crítica por la inaplicación del procedimiento de suspensión de contratos y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas.*

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Reorganización administrativa y reorganización de personal han sido reformas que se han realizado a diferentes velocidades en nuestro país. Los principios de eficacia, eficiencia y modernización, entre otros, que han inspirado la reforma de las Administraciones en España en los últimos años no se han realizado con una paralela reforma del modelo de empleo público. Mucho se ha escrito sobre el particular, pero el legislador español ha caído siempre en ese mismo defecto a la hora de buscar fórmulas de una Administración que sirviera mejor al ciudadano.

En momentos de bonanza económica las diferentes Administraciones han ido asumiendo, en general, competencias que no le venían atribuidas inicialmente por ley, en aras de atender mejor al ciudadano; esto se ha producido fundamentalmente en las Administraciones locales, las más cercanas al ciudadano; y ha llevado paralelamente a un aumento en la contratación de personal al servicio de las Administraciones públicas, así como a un aumento de la Administración instrumental, caso entre otras de las empresas públicas, donde sólo puede prestar servicios el personal laboral. Todo ello ha producido un sobredimensionamiento generalizado de las plantillas de personal en las diferentes Administraciones públicas, que ha llevado, ya en momento de crisis económica, a la necesidad de recortes de costes económicos y reajustes de personal.

La rigidez del Derecho Administrativo para atender de forma rápida las necesidades de recursos humanos para cumplir los fines constitucionalmente asignados a las Administraciones públicas por la Constitución (art. 103.1 CE) ha conducido a una mayor utilización de las fórmulas que el Derecho del Trabajo dispensa, más flexibles para atender tales fines; y consiguientemente a un aumento en el recurso al personal laboral, tanto fijo como temporal – por no citar la fórmula de los indefinidos pero no fijos que tantos pronunciamientos jurisprudenciales ha producido.

De esta forma, en las Administraciones públicas se encuentran dos tipos de personal: funcionarios y personal laboral; siendo mayor el porcentaje de éste último en algunas Administraciones públicas, como la local. La diferencia en la aplicación de regímenes jurídicos – administrativo para los primeros y laboral para los segundos – ha conducido durante todos estos años a múltiples pronunciamientos judiciales y reformas legislativas que han ido acercando ambos Estatutos, el funcional y el laboral, creándose zonas y derechos que ambos grupos comparten.

Estas consideraciones previas son absolutamente necesarias para

comprender la realidad del empleo público en España en momentos previos a que estallara la crisis económica de estos últimos años. La fuerte crisis económica mundial, a la que nuestro país no ha escapado, no sólo ha afectado al sector privado, conduciendo a un aumento de los expedientes de regulación de empleo y al consiguiente aumento del desempleo, entre otros efectos, sino también al sector público, entendido en sentido amplio.

Ante la crisis económica general se ha exigido a las Administraciones públicas que tomen de forma inmediata medidas para recortar gastos; ante esto las Administraciones utilizaron medidas lineales o a corto plazo, entre ellas medidas que afectaron a los salarios – *vgr.* congelación de salarios, supresión pagas extra –, otras afectaron a los procesos de contratación de personal – *vgr.* tasa de reposición cero y congelación de la oferta de empleo público –, a la jornada de trabajo – *vgr.* aumento de la jornada, supresión de días de asuntos propios –, e incluso medidas que han afectado a la negociación colectiva del personal laboral, de forma que, excepcionalmente es posible la suspensión o modificación de convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, cuando concurra causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas¹.

Tales medidas han resultado ser respuestas tardías y parciales, claramente insuficientes y no efectivas, que sólo han afectado de forma coyuntural al ahorro económico, pero en ningún caso al modelo de empleo público. De forma que, la reducción de costes económicos por parte de las Administraciones públicas, utilizando medidas lineales como las apuntadas, sólo ha llevado a dar soluciones puntuales a corto plazo, sin que se produzcan cambios estructurales u organizacionales paralelamente².

¹ Un botón de muestra lo tenemos en el caso del Ayuntamiento de Estepona (Málaga), que tuvo que modificar los convenios colectivos vigentes de las sociedades mercantiles locales íntegramente participadas por el Ayuntamiento, a causa de la situación de crisis económica, derivada de un fuerte desequilibrio presupuestario y ausencia de autofinanciación. La modificación afectó a cuestiones como congelación de incrementos retributivos, se dejaron sin efecto programas de puntualidad y absentismo laboral, suspensión de ayuda escolar, prestaciones sanitarias, ayuda por natalidad, premio de permanencia e incluso modificación de condiciones en los pliegos administrativos de condiciones en procesos de privatización, caso en el que se preveía expresamente que en caso de extinción de la sociedad adjudicataria o su personalidad jurídica, quiebra, suspensión de pagos, rescate o causa similar, los trabajadores subrogados volverían a prestar servicios en la plantilla del Ayuntamiento de Estepona.

² Vid. INFORMES (2011), “Government at a Glance” y “Public Servants as Partners for Growth. Toward a Stronger, Leaner and more Equitable Workforce”. La OCDE defiende la necesidad de utilizar reformas estructurales y no a corto plazo; aunque éstas últimas sean también necesarias; lo contrario podría llevar a recesión económica.

La ineficacia de tales medidas ha conducido, entre otros efectos, a la utilización de medidas más drásticas, como los reajustes de plantilla en general y el despido colectivo mediante expediente de regulación de empleo del personal laboral en particular, ante la demanda de adelgazamiento de la Administración de la que ya hablábamos.

Ya podemos anticipar que las medidas de recortes de personal pueden repercutir negativamente en la calidad del servicio, y deben ser realizadas en un contexto globalizado y teniendo en cuenta las necesidades de personal de dicha Administración en su conjunto.

Asimismo se ha solicitado, desde instancias superiores de la Unión Europea, que se realice un adelgazamiento de la Administración, utilizando, entre otras medidas, la reducción de organismos y empresas deficitarios, así como la creación de servicios comunes, y la redistribución de competencias. Lo que se ha dado en llamar evitar duplicidades – duplicidades de organismos, duplicidades de competencias...

Es significativo resaltar que la política de reformas del empleo público, y de reajustes de personal, no sólo se ha realizado en España, sino que se viene produciendo en los diferentes países de la OCDE desde los años 80 y más decididamente desde principios del siglo XIX³; y que la finalidad buscada, en términos generales, ha sido una mejora en la prestación de servicios públicos al ciudadano; pues, aunque, como ha afirmado Longo, no existe un patrón unitario en dichas reformas para todos los países⁴, todos han buscado la eficiencia y la mejora en la prestación de servicios públicos a través de instrumentos de gestión de personal más flexibles para atender las necesidades del ciudadano.

II. LA REORGANIZACIÓN DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: INSTRUMENTOS LABORALES DE GESTIÓN DE PERSONAL

Como ya hemos comentado, la reorganización administrativa no se ha producido de forma pareja a la reorganización de personal en las Administraciones públicas en ningún momento de la historia del empleo público en nuestro país.

³ OCDE, *Évolution de la gestion des ressources humaines dans les Administrations Publiques*. Paris, 1999.

⁴ F. LONGO, *Mérito y flexibilidad. La gestión de las personas en las organizaciones públicas*. Barcelona, 2004, p. 189.

La llegada de la crisis económica llevó al Gobierno a elaborar normas con carácter de urgencia para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomentar la competitividad, como el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, que lleva precisamente dicha rúbrica; donde se contemplan medidas relativas al empleo público, fundamentalmente de carácter eficientista o a corto plazo que no han modificado el modelo de empleo público, pero sí las principales condiciones de trabajo del personal que presta servicios para las distintas Administraciones públicas; en clave de aumento de jornada y disminución generalizada de diferentes conceptos retributivos – trabajar más, cobrando menos.

Se ha pasado de utilizar medidas a corto plazo, finalmente poco efectivas, a medidas más traumáticas como el recurso al expediente de regulación de empleo como forma más rápida de ahorro de costes en la Administración; todo ello derivado de la regulación expresa de dichos procedimientos respecto del personal laboral que presta servicios para las Administraciones públicas.

La noticia de que iba a regularse el despido colectivo para el personal laboral, que hasta ese momento gozaba de estabilidad real en el puesto de trabajo, como si de funcionarios se tratara, generó una situación de inseguridad jurídica y de revuelo entre todos aquellos trabajadores sometidos al Derecho del Trabajo, que podrían verse afectados por tales procesos.

Si hasta ese momento al personal laboral de las diferentes Administraciones se les ofrecía pasar a la condición de funcionarios, a través de procesos de funcionarización, con carácter excepcional, éstos preferían continuar en la condición de personal laboral, fundamentalmente por razones retributivas, pero también porque seguían bajo el amparo protector del Derecho del Trabajo, ordenamiento jurídico regido por el principio *pro operario*.

La reforma de 2012, permitiendo el recurso a los expedientes de regulación de empleo para el personal laboral fijo al servicio de las Administraciones públicas, alegando causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, ha repercutido decisivamente en tal preferencia; de esta forma, se ha buscado activar los procesos de funcionarización del personal laboral fijo que ocupa puesto reservado de funcionario, así como los procesos de consolidación del empleo laboral temporal, que sufrió, también con la reforma de 2012, limitaciones y recortes.

La inexistencia de un claro modelo de empleo público en nuestro país, donde las funciones en principio reservadas a funcionarios son desempeñadas indistintamente por personal laboral – lo que ha conducido a

no pocos problemas –, y la necesidad de cubrir puestos de trabajo de forma rápida han contribuido a una mayor contratación de personal laboral en las diferentes Administraciones públicas.

Consecuencia inmediata del nuevo modelo de reajuste organizacional, es el reajuste de personal; pero éste sólo debería realizarse mediante expedientes de regulación de empleo en aquellos casos en el que otras medidas no fueran posibles; y siempre teniendo en cuenta la necesidad de intervenir en áreas no prioritarias en aras de garantizar la calidad y la prestación del servicio público.

Por lo que afecta al personal laboral, entendemos que existen instrumentos laborales de gestión de personal menos drásticos y que pueden resultar igual de efectivos para reducir costes en unas Administraciones públicas deficitarias y que se han visto abocadas, sobre todo desde la crisis, a reajustar sus presupuestos para reducir déficit.

Es significativa la Disposición Adicional novena de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, relativa al redimensionamiento del sector público local; que, de un lado, proscribía la posibilidad de que “las Entidades locales y sus organismos autónomos puedan adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste”; asimismo proscribía la posibilidad de que las Entidades Locales puedan realizar aportaciones patrimoniales ni suscribir ampliaciones de capital de entidades públicas empresariales o de sociedades mercantiles locales que tengan necesidades de financiación, aunque se contemplan excepciones⁵; y de otro lado, prevé la obligación de disolución de las entidades locales o de sus organismos autónomos que estén en situación de desequilibrio financiero marcando unos plazos que podrán ser ampliados hasta 31 de diciembre de 2015 y 1 de diciembre de 2016 respectivamente cuando las entidades en desequilibrio estén prestando determinados servicios esenciales – abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros. La dificultad de este tema aconsejaría la investigación pormenorizada en otro trabajo, por lo que no vamos a ocuparnos más de esta cuestión.

⁵ Excepcionalmente las Entidades Locales podrán realizar las citadas aportaciones patrimoniales si, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, hubieren cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y su período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad.

Si defendemos la necesidad de establecer instrumentos para mejorar la eficiencia en el sector público, entre otros, podríamos apuntar instrumentos laborales de gestión de personal internos – buena utilización de la contratación laboral temporal, cumpliendo el principio de causalidad, de la negociación, previendo condiciones de trabajo ajustadas a las necesidades de la organización, y otros como la movilidad, transferencia de personal e incluso fórmulas de cesión lícitas en el seno de las Administraciones públicas – y externos – fórmulas de externalización productiva, como la contrata o subcontrata de obras o servicios, de externalización de personal, como la contratación de personal laboral temporal a través de ETT, para cubrir las necesidades temporales y puntuales de mano de obra, el recurso a bolsas de contratación o de trabajo, e incluso el recurso a formas de trabajo a distancia o a domicilio, que reducen costes fijos y de personal.

No cabe duda de que es necesaria una planificación previa de los recursos por las Administraciones públicas (art. 69 EBEP)⁶, que conduciría a una mayor eficiencia en la utilización de los recursos económicos; ya que, evita problemas de exceso de personal. No tiene sentido que más de un 90% del presupuesto de algunos Ayuntamientos en España sea en capítulo I. La utilización de las RPT como instrumento de gestión de los recursos necesarios en la Administración: previo y no como mecanismo de reajuste; utilizando sólo los mecanismos de reajuste – funcionarización o laboralización del personal – de forma excepcional y no como regla general ante una mala gestión de los recursos.

Todos ellos son instrumentos de buena gestión de personal en el seno de las Administraciones públicas, que han de ser utilizados correctamente para evitar la declaración de fraude o reclamaciones ante

⁶ Las Administraciones Públicas podrán aprobar Planes para la ordenación de sus recursos humanos, que incluyan, entre otras, algunas de las siguientes medidas:

a) Análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos.

b) Previsiones sobre los sistemas de organización del trabajo y modificaciones de estructuras de puestos de trabajo.

c) Medidas de movilidad, entre las cuales podrá figurar la suspensión de incorporaciones de personal externo a un determinado ámbito o la convocatoria de concursos de provisión de puestos limitados a personal de ámbitos que se determinen. d) Medidas de promoción interna y de formación del personal y de movilidad forzosa de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo III del presente Título de este Estatuto.

e) La previsión de la incorporación de recursos humanos a través de la Oferta de empleo público, de acuerdo con lo establecido en el artículo siguiente.

los tribunales. Siempre es preferible la negociación y no el conflicto y para ello es fundamental tener en cuenta criterios objetivos, tanto en la selección como en la salida de personal de la Administración y en las distintas fases de la relación jurídica que vincula a ambas partes. Sumado a que es necesario que exista buen clima de trabajo, utilizando procesos de evaluación del rendimiento de los empleados públicos adecuados. En ocasiones se utiliza la modificación parcial de un convenio colectivo para personal laboral o de un acuerdo mixto para dicho personal y para funcionarios para reducir costes económicos (*vgr.* caso del Ayuntamiento de Jérez de la Frontera).

Sin embargo, la mala práctica en la gestión de los recursos humanos por parte de las diferentes Administraciones públicas, y derivado de motivos de diversa índole sobre los que en estos momentos no nos detendremos, ha conducido a que el modelo de empleo público en España haya adolecido de numerosas deficiencias; deficiencias sobre las que se han propuesto soluciones por la doctrina sin efectos extintivos – *vgr.* consolidación del empleo laboral estable, funcionarización de personal laboral o laboralización de funcionarios, pero que no han sido corregidas en los últimos años por las Administraciones, que han gozado de libertad cuasi absoluta para gestionar sus recursos, o para mal gestionarlos. Pero la llegada de la crisis ha llevado a que éstas se hayan visto forzadas, desde la Administración Central y, más generalmente, desde la propia Unión Europea, a tomar medidas más drásticas para reducir costes, fundamentalmente con efectos extintivos – *vgr.* expediente de regulación de empleo.

Nos gustaría precisar en este momento que tales medidas más drásticas de reducción de costes de personal laboral no deben dejar de lado el recurso a otras medidas de gestión de personal; así, la importancia de la correcta utilización de la contratación laboral por las Administraciones públicas contribuye a una mejor gestión de los recursos, evita la conflictividad judicial por reclamación de la condición de fijo de plantilla y, en su caso, el pago de indemnizaciones.

Si bien es necesario apuntar que, en base a causa económica, técnica, organizativa o de producción, la Administración empleadora podrá utilizar el expediente de regulación de empleo, pero también podrá reducir la jornada de trabajo, permitiéndole un ahorro de costes; sin embargo, y resulta criticable, no podrá solicitar la suspensión de los contratos de trabajo por ninguna de las causas alegadas; lo que constituye una diferencia significativa respecto de los trabajadores del sector privado.

III. EL DESPIDO COLECTIVO DEL PERSONAL LABORAL: UNA FÓRMULA DE ÚLTIMO RECURSO EN EL NUEVO MODELO DE EMPLEO PÚBLICO

A) Consideraciones previas

El personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige por el Derecho del Trabajo, aunque su régimen jurídico presenta particularidades derivadas fundamentalmente de la naturaleza jurídico-pública para la que prestan sus servicios (*vgr.* limitaciones salariales, congelación de salarios...). De forma que se les aplica el Estatuto de los Trabajadores desde que fuera promulgado en 1980.

Esta afirmación, sin embargo, no ha parecido ser válida cuando se refería a la aplicación de los expedientes de regulación de empleo al personal laboral fijo al servicio de la Administración pública. Al menos han existido dudas, más o menos fundamentadas, basadas en un principio de estabilidad real en el puesto de trabajo para este tipo de personal, similar a la que gozaban los funcionarios.

Estas dudas no evitaron que existieran amagos en la aplicación del artículo 51 ET; pero hasta la reforma de dicho precepto por la Ley 3/2012, y su desarrollo por RD 1483/2012, de 29 de octubre – estableciendo las peculiaridades para el despido colectivo en el sector público –, donde ya se reconoce expresamente dicha posibilidad y se abrió la puerta a los despidos colectivos de personal laboral, no se había producido una generalización en la utilización de los expedientes de regulación de empleo por las distintas Administraciones. De esta forma, existe un antes y un después de dicha reforma laboral.

El RD 1483/2012 prevé que “el ERE debía de efectuarse en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de dichas Administraciones públicas⁷”; por lo que son principios económicos de viabilidad financiera de la Administración los que inspiran las fórmulas de reajuste de personal laboral al servicio de la Administración pública.

⁷ STSJ de Canarias (Social) de 19 de diciembre de 2012.

B) La existencia de dos procedimientos de despido colectivo para el personal laboral que presta servicios en el sector público

La Ley 3/2012 introdujo dos procedimientos de despido colectivo diferenciados para el personal laboral que presta servicios en el sector público, en función a si lo hacen para entes, organismos y entidades incluidas en el artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector público (en adelante TRLCSP), o en su artículo 3.2, entendidas como verdaderas Administraciones públicas.

La diferencia procedimental es de gran calado, ya que, para los que tengan consideración de la Administración pública se establecerán particularidades respecto del procedimiento de expediente de regulación de empleo aplicable al sector privado; mientras que para los entes, organismos y entidades que formen parte del sector público pero no tengan la caracterización de Administraciones públicas se aplicarán las reglas expuestas en el Título I, tanto por lo que afecta al concepto de causa como en lo relativo al procedimiento. De esta forma se uniforma el procedimiento de despido colectivo para los entes inscritos en este segundo grupo y los trabajadores del sector privado.

Los sindicatos más representativos, en un informe sobre el proyecto de normativa reglamentaria de desarrollo de dicha ley, plantearon dudas de constitucionalidad sobre dicha disposición; al considerar que podría tener carácter discriminatorio la existencia de dos procedimientos diferenciados; todo ello unido a la no competencia de la Inspección de Trabajo en los procedimientos de despido colectivo del personal laboral del 3.2 TRLCSP y las quebras del derecho a la negociación colectiva del personal del 3.1 TRLCSP.

A estas críticas se une el hecho de que será más fácil la utilización del procedimiento de despido colectivo en las Administraciones públicas (entes, organismos del artículo 3.2 TRLCSP), que en los entes y organismos del artículo 3.1 TRLCSP.

En relación al procedimiento de despido colectivo en las Administraciones públicas (art. 3.2TRLCSP), el artículo 35 del reglamento presenta un problema por lo que respecta a la unidad de referencia que se tiene en cuenta; mientras que en el sector privado es la empresa – concepto más amplio que el de centro de trabajo –, en este supuesto la unidad de referencia se reduce, como también ocurre en su artículo 36 (Departamento Ministerial, ente u organismo de la Administración General del Estado o vinculado a ésta, en las Consejerías de las Comunidades Autónomas o en

el órgano que éstas determinen, entes u organismos vinculados a ellas, así como en las Entidades de la Administración Local y en los entes u organismos dependientes de ellas, que ocupen menos de un determinado número de trabajadores).

Al aplicarse el despido colectivo, y el procedimiento del Título III del Reglamento, sólo al personal laboral, el cómputo es de personal laboral y la referencia es a este tipo de personal. Hubiera sido una previsión a tener en cuenta, tal como se prevé en los expedientes de regulación de empleo en el sector privado, incluir que “a efectos del cómputo de la plantilla de la empresa se incluirá la totalidad de los trabajadores que presten servicios en la misma en el día en que se inicie el procedimiento, cualquiera que sea la modalidad contractual utilizada”. Se trata de un elemento de seguridad jurídica a efectos del cómputo de trabajadores y contribuye a determinar si estamos ante un procedimiento de despido colectivo o individual por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

C) La causalidad del despido colectivo en las Administraciones públicas: la flexibilización de la causa y la supresión de la autorización administrativa

Tradicionalmente en Derecho del Trabajo se ha venido exigiendo la existencia de una causa que debía ser probada por el empresario a la hora de despedir a un trabajador. La causalidad del despido ha sido prevista tanto para el caso de despidos individuales – disciplinario y objetivo – como para los despidos colectivos; so pena de que el despido fuera considerado improcedente, ya por no existir causa, ya por el empresario no acreditar o probar la misma.

Las diferentes reformas del Estatuto de los Trabajadores en materia de despido han afectado, por lo que a despidos individuales se refiere, a cuestiones como la indemnización en el despido disciplinario, o el reajuste de algunas causas, caso del despido objetivo; pero podemos decir que la reforma de mayor calado se ha producido en materia de despidos colectivos, mediante la supresión de la autorización administrativa en el procedimiento de expediente de regulación de empleo – aspecto al que nos referiremos – y la flexibilización del concepto de causa.

Desde la reforma del Estatuto de los Trabajadores, y específicamente del artículo 51 ET sobre despidos colectivos, por Ley 3/2012, podemos afirmar que es más fácil para el empresario, privado o público, acreditar la existencia de causa económica, técnica, organizativa o de producción.

Esta mayor flexibilización del concepto de causa en los despidos colectivos, unida a la supresión de la autorización administrativa, ha conducido, en momentos de fuerte crisis económica, a facilitar la utilización del expediente de regulación de empleo, tanto en el sector privado como en el público. Con la importante diferencia de que en éste último han existido, si cabe, menores garantías para el personal laboral que las previstas para los trabajadores en el sector privado.

Todo ello ha conducido a una fuerte judicialización de los procedimientos de expediente de regulación de empleo realizados en diferentes Administraciones públicas; donde el Poder judicial ha tenido que asumir el poder de control de fraude que, antes de la reforma del artículo 51 ET por la Ley 3/2012, correspondía a la autoridad laboral.

La reforma del Estatuto de los Trabajadores por Ley 3/2012, por lo que al concepto de causa en los despidos colectivos afecta, ha buscado diferenciar la utilización del expediente de regulación de empleo en el sector privado y en el sector público. Así, por lo que respecta a la causa del despido, se han previsto dos conceptos de causa diferentes.

Como quiera que se trata de un artículo sobre reajustes de personal en el sector público, nos centraremos en el concepto de causa en dicho sector de actividad; donde uno de los temas controvertidos es el concepto de causa económica, que la normativa identifica con la insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para financiar los servicios públicos; considerando que es persistente cuando se produzca durante tres trimestres consecutivos. El concepto que introduce el Reglamento para aclarar cuándo existe insuficiencia presupuestaria casa mal con ese período – se refiere a ejercicio anterior. El Reglamento en este punto podría ser *contra legem*.

La causa no sólo ha de ser acreditada por el empresario, sino que ha de ser proporcional con el número de despidos de personal laboral afectado por el expediente de regulación de empleo. Esta exigencia ha sido prevista por los Tribunales⁸. En este sentido, la doctrina ha identificado una causalidad formal – si existe o no causa y si ésta se acredita o no por la Administración pública –, una causalidad sustantiva – qué efecto tiene en el empleo y la adecuación de la medida a los fines – y el análisis de la antijuridicidad⁹.

⁸ STS (Social) de 25 de junio de 2014, en relación al expediente de regulación de empleo del Ayuntamiento de Jérez de la Frontera; STS (Social) de 9 de abril de 2013, sobre expediente de regulación de empleo de la Radio Televisión pública de Madrid.

⁹ M.A. FALGUERA, “La causalidad de los despidos económicos, técnicos, organizativos y procedimentales después de la Ley 3/2012: reflexiones tras un año de doctrina judicial por vía del artículo 124 LRJ”. *Jurisdicción social*, junio 2012.

La normativa exige dos requisitos que han de darse conjuntamente, que la crisis ha de ser persistente y sobrevenida. De esta forma si no se cumple alguno de los dos la causa no se cumplirá. Es el caso de la STSJ de Canarias (Social) de 19 de diciembre de 2012, en relación al expediente de regulación de empleo del Ayuntamiento de Galdar, donde la crisis era persistente, pero no sobrevenida. Y es que este segundo requisito no es fácil que se cumpla, puesto que la situación de crisis económica, problemas presupuestarios e inestabilidad financiera, unidos al sobredimensionamiento de las diferentes Administraciones públicas, no son nuevas; se trata de una cuestión estructural que ha caracterizado la realidad organizacional de las distintas Administraciones en general, y de la Administración Local en particular.

Por lo que respecta a la causa técnica, “se entenderá que concurre cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público que se trate y causa organizativa cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público”. Se trata de un concepto de causa técnica y de causa organizativa más elaborado y adaptado a las Administraciones públicas, dotando al procedimiento de mayor seguridad jurídica. Así, los cambios productivos en el sector audiovisual, unido a cuestiones de índole económica, han motivado la necesidad de externalización de servicios para optimizar los costes de explotación y ha conducido a expedientes de regulación de empleo en diferentes televisiones autonómicas (*vgr.* TeleMadrid, RTV valenciana, Canal Sur...).

La causa organizativa más alegada ha sido el sobredimensionamiento de la plantilla laboral al servicio de las Administraciones públicas; sobredimensionamiento que ha venido producido en muchos casos por una mala gestión de los recursos humanos por parte de las mismas, pero en otras ocasiones ha venido derivado de la obligatoria subrogación, por parte de la Administración, en el contrato de trabajo del personal laboral al servicio de empresas públicas que han sido disueltas – así *vgr.* Ayuntamiento de Estepona (Málaga).

D) El deber de buena fe en la negociación en el expediente de regulación del empleo

El concepto “buena fe” inspira el Estatuto de los Trabajadores desde que se promulgará en 1980. Buena fe en la negociación colectiva (art. 89.1 ET), en la negociación de los períodos de consulta en despidos colectivos (art. 51 ET), de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo

(art. 41 ET), de los traslados colectivos (art. 40 ET); pero además es un principio informador del Derecho del Trabajo que debe inspirar toda relación laboral, tanto en sus aspectos individuales como colectivos (*vgr.* Negociación para finalizar una huelga).

Sin embargo, a pesar de la importancia que debiera tener dicho principio, la práctica de las relaciones laborales en España desde 1980 hasta 2012, por poner una fecha de referencia relacionada con la regulación de los despidos colectivos del personal laboral al servicio de la Administración, no ha otorgado igual relevancia al mismo. Ha tenido que ser finalmente la labor de los tribunales la que incidiera en la necesidad de cumplir el principio de buena fe en la negociación en general y, en la negociación en período de consultas en los despidos colectivos en particular.

Es significativa la STS (Social) de 25 de junio de 2014, relativa al expediente de regulación de empleo del Ayuntamiento de Jerez (Cádiz), que ha identificado la vulneración del principio de buena fe con la ausencia de negociación por parte de la Administración Local¹⁰.

En otras ocasiones los tribunales identifican el deber de buena fe con la consideración o lealtad recíproca exigible a ambas partes, e incluso con el respecto a las normas colectivas para una “feliz negociación” – STSJ (Social) de 9 de abril de 2013, sobre expediente de regulación de empleo de TeleMadrid). Y es que el deber de buena fe no se cumple simplemente con sentarse a negociar, sino que la negociación ha de ser efectiva. En suma, negociar de buena fe implica que las partes negocian con vistas a llegar a un acuerdo.

E) La inexistencia de criterios de selección en la normativa reguladora de los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones públicas

La dinámica de los expedientes de regulación de empleo en España, por lo que afecta al sector privado, se ha desarrollado sin tener unos criterios objetivos predeterminados legalmente de selección del personal afectado por los mismos. Si bien la reforma del artículo 51 ET por la Ley 3/2012, y su reglamento de desarrollo, remiten al convenio colectivo o al acuerdo alcanzado

¹⁰ En el mismo sentido STS (Social) de 12 de marzo de 2013, sobre expediente de regulación de empleo de la Radio Televisión pública valenciana. O el supuesto de la demanda presentada ante el TSJ de Andalucía de 12 de febrero de 2013, donde se alega, aunque el tribunal no lo consideró así, que se había vulnerado el deber de buena fe porque se partía de que la Administración no había negociado, manteniendo igual posición que la inicial.

en período de consultas la instauración de prioridades de permanencia de colectivos como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad; previendo legalmente sólo la posibilidad de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores. De esta forma, en el sector privado, se deja libertad a las partes para que puedan, durante el período de consultas, adoptar otros criterios diferentes a los legalmente previstos o utilizar unos y otros indiferentemente.

La reforma en este punto, por lo que respecta al sector privado, es claramente insuficiente para evitar situaciones de discriminación y favoritismo en la permanencia en la empresa de algunos tipos de personal; a veces derivado de su afiliación al sindicato negociador de dicho procedimiento de despido colectivo, en otras ocasiones derivado de cuestiones de amistad o similar.

Por lo que respecta a los criterios de selección del personal laboral afectado por un expediente de regulación de empleo en una Administración pública, decir que el artículo 51 ET, así como su normativa de desarrollo no ha previsto ni en su redacción originaria, ni posteriormente, la determinación de criterios de selección del personal que pudiera verse afectado por dicho procedimiento extintivo. Es significativo que no ha regulado siquiera la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, que tradicionalmente se contemplaba en el ordenamiento jurídico-laboral.

Esta es una de las críticas a la regulación del despido colectivo del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas en España; puesto que, si dicho personal accede al empleo público cumpliendo los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el empleo público (art. 23 CE), igualmente deberían aplicarse tales principios a la salida de la relación contractual con la Administración; so pena de vulnerar el principio de igualdad y no discriminación previsto en el texto constitucional (art. 14 CE).

Precisamente ha sido la ausencia de criterios de selección del personal laboral afectado por el expediente de regulación de empleo uno de los motivos alegados por los tribunales de justicia del orden social para considerar nulos expedientes de regulación de empleo en Administraciones públicas (*vgr.*, entre otros supuestos, caso de la RTV Valenciana); alegando arbitrariedad en la selección de los afectados por el despido.

La única preferencia o prioridad de permanencia en el ente, organismo o entidad pública afectado por el expediente de regulación de empleo que se prevé en el RD 1483/2012 es la relativa al “personal laboral fijo que hubiera adquirido dicha condición en base a los principios de igualdad, mérito y capacidad a través de un procedimiento selectivo de ingreso con-

vocado al efecto, cuando así lo establezca dicho ente, organismo o entidad pública”. Con esta disposición se establece una prioridad de permanencia de este tipo de personal que no es absoluta y que dependerá de las circunstancias específicas de la plantilla de personal laboral en dicha Administración; dicho de otra forma, este personal también podrá verse afectado por el expediente de regulación de empleo en función del alcance del mismo en aquellos casos en los que fuera necesario incluirlos si no fuera suficiente con el personal laboral fijo que no accedió en base a tales principios al empleo público, o cuando se trate de indefinidos pero no fijos.

Criterios como estar próximo a la edad de jubilación o el de la mayor competencia técnica y rendimiento del trabajador, relacionados con la formación, experiencia y polivalencia, han sido tenidos en cuenta en algunos expedientes de regulación de empleo de personal laboral en Administraciones públicas – *vgr.* Ayuntamiento de Jerez de la Frontera (Cádiz). Si bien no es objeto de nuestro estudio, es fundamental dejar apuntado que uno de los criterios de selección, el más relevante diría, es tener en cuenta la competencia técnica del trabajador; pero ésta tendrá que valorarse en función a un sistema preexistente de evaluación del rendimiento del empleado público, que ha de ser objetivo y público¹¹.

Muchas han sido las quejas de los trabajadores afectados por los diferentes expedientes de regulación de empleo en distintas Administraciones públicas sobre la eventual arbitrariedad de las mismas a la hora de seleccionar a los afectados por dichos procedimientos; quejas que se han visto reflejadas en las demandas judiciales presentadas ante los tribunales del orden social, alegando vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. Pueden verse, como botón de muestra, los hechos de la STSJ de Andalucía/Málaga (Social) de 25 de octubre de 2012, donde se refiere la utilización de criterios como “tener relación de parentesco, afinidad, familiar o personal con cargos directivos del Ayuntamiento” o de un partido político concreto para, en algunos casos incluirlos en el expediente – ser de un partido político diferente al que gobierna en el mismo – o, en otros casos, para excluirlos del mismo, en base a dicha afinidad. Si bien finalmente el tribunal consideró que no se habían vulnerado derechos fundamentales en la selección de trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo.

¹¹ Vid. VV.AA., *Nuevos modelos de carrera administrativa. Informe elaborado para el INAP*. Madrid, 2012.

F) La exigencia de documentación y la consideración de nulidad de despido por defecto de forma

Tras la reforma del despido colectivo y la nueva regulación en relación al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, el legislador ha optado por establecer mayores requisitos de exigencia documental en aras de garantizar el derecho de información de los representantes de los trabajadores y el principio de seguridad jurídica a los propios trabajadores.

Destaca el plan de recolocación, donde pueden preverse medidas menos traumáticas que el despido, como jubilaciones o excedencias del personal laboral y con los que se busca como objetivo evitar o reducir efectos mediante medidas sociales de acompañamiento. La importancia del plan de recolocación está íntimamente unida a la posibilidad de recolocar al personal excedente derivado del procedimiento de regulación de empleo.

El incumplimiento en la obligación de documentación conduciría a la nulidad del procedimiento porque ello crearía problemas de seguridad jurídica a los trabajadores; a igual efecto conduciría la insuficiencia de documentación. Ambas circunstancias han sido alegadas ante los tribunales del orden social

G) Crítica por la inaplicación del procedimiento de suspensión de contratos y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas

La crisis económica no es un concepto nuevo para el Derecho del Trabajo, ni las modificaciones que ésta introduce en el mismo tampoco. El Derecho del Trabajo se ve siempre afectado por los cambios económicos, que aumentan el número de despidos por causas económicas.

Ahora bien, la exigencia de numerosas garantías al empresario para utilizar el expediente de regulación de empleo, pensando en la situación anterior a la reforma de 2012, conducía a que éste utilizara otros mecanismos, entre ellos, la suspensión de los contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. De forma que cuando concurría alguna de dichas causas y el empresario iniciaba el procedimiento de regulación de empleo la práctica normal era solicitar primero la suspensión de los contratos de trabajo en previsión de que las circunstancias cambiaran (ERTE, expediente de regulación de empleo con efectos suspensivos); y sólo en casos más extremos se solicitaba la extinción de dichos contratos (ERE, expediente de regulación de empleo con efectos extintivos).

De hecho, la solicitud de apertura de un procedimiento de regulación de empleo con efectos extintivos por parte del empresario era en ocasiones abortada por la autoridad laboral, cuya actuación conducía a que finalmente fuera autorizado el expediente de regulación de empleo con efectos suspensivos.

La regulación expresa del procedimiento de regulación de empleo para el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, con la reforma de 2012, sólo se ha producido respecto de los expedientes con efectos extintivos; de forma que se proscribe la posibilidad de que las Administraciones públicas puedan utilizar el procedimiento con efectos suspensivos.

Así se prevé expresamente que no es posible la suspensión de los contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción respecto del personal laboral que presta servicios para las Administraciones públicas ni a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos (art. 3.2 TRLCSP), como establece la Disposición Adicional vigésimo primera del Estatuto de los Trabajadores, incluida por la Ley 3/2012, *salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado.*

Son muchas las consideraciones que podríamos realizar, si elaboráramos un estudio comparativo entre la regulación del expediente de regulación de empleo en el sector privado y en el sector público. Pero la conclusión más relevante, a la luz de lo expuesto, es que la tardía regulación de este procedimiento respecto del personal laboral que presta servicios para las Administraciones públicas se ha producido con menores garantías que para los trabajadores del sector privado; lo que ha derivado en una importante judicialización, que ha llevado a los tribunales a pronunciarse en distintos sentidos sobre las diferentes cuestiones controvertidas en relación a los despidos de este personal.

EL MODELO DE EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

ÁNGEL LUIS CABAL

*Director General de Tecnologías de
la Información y las Comunicaciones
del Principado de Asturias*

Sumario: *I. El marco legal de la evaluación del desempeño. 1.1. La evaluación del desempeño en el marco legal aprobado por el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril). 1.2. La evaluación del desempeño en el marco legal aprobado en el Principado de Asturias (Ley 5/2009, de 29 de diciembre). II. El modelo de evaluación del desempeño del Principado de Asturias: descripción técnica. 2.1. Desempeño de tarea. 2.2. Desempeño contextual y organizacional. 2.3. Objetivos colectivos. 2.4. Objetivos individuales. 2.5. Formación. 2.6. Transferencia del conocimiento. 2.7. Puestos de especial desempeño. 2.8. Ponderación de variables. 2.9. Aspectos finales.*

I. EL MARCO LEGAL DE LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO

La sociedad actual demanda de sus Instituciones una apuesta decidida para avanzar en los principios de igualdad, accesibilidad y transparencia en la gestión. En este sentido la actuación pública y la optimización de recursos nunca ha sido un reto tan importante como lo es hoy en día, dado que están sometidas a constante evaluación por parte de la ciudadanía.

El modelo de gestión pública debe adaptarse, por tanto, a un nuevo entorno. Un entorno marcado por la exigencia de optimización de los recursos públicos, donde convivan la mejora de la eficacia en la prestación

de los servicios con un contexto económico y presupuestario marcado por la austeridad. De esta forma, para responder a la demanda de calidad en la gestión pública es necesario invocar la mejora de la eficiencia en la asignación de recursos en el desarrollo de las políticas públicas.

Administraciones y entidades públicas han de integrar el uso de determinados factores productivos para el desarrollo de sus competencias: los recursos económicos incluidos anualmente en sus presupuestos, los bienes y recursos materiales adscritos a la gestión ordinaria de los servicios, las tecnologías de la información y las comunicaciones y sobre todo la dotación de recursos humanos asignada.

De entre todos los factores aplicados a la prestación de servicios públicos, el asociado a la organización y gestión de recursos humanos adquiere especial relevancia dado que nuestras organizaciones públicas son claramente “intensivas en el uso del capital humano”. Efectivamente, la organización del empleo público es posiblemente el factor de mayor relevancia en el desarrollo de las políticas públicas, cuestión que obliga a una reflexión permanente y a un esfuerzo de adaptar la normativa básica en la materia para que el servicio público pueda satisfacer el derecho de la ciudadanía a una buena administración. El legislador español ha tenido claro este aspecto en la exposición de motivos del Estatuto Básico del Empleado Público al afirmar que *“El sistema de empleo público que permite afrontar estos retos es aquel que hace posible atraer a los profesionales que la Administración necesita, que estimula a los empleados para el cumplimiento eficiente de sus funciones y responsabilidades, les proporciona la formación adecuada y les brinda suficientes oportunidades de promoción profesional, al tiempo que facilita una gestión racional y objetiva, ágil y flexible del personal”*.

Desde 1984 la norma básica sobre ordenación de la Función Pública en España estaba recogida en la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. Esta normativa, que en su día supuso un avance importante, transcurrido el tiempo precisaba de una nueva orientación de los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público.

1.1. La evaluación del desempeño en el marco legal aprobado por el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril)

En el año 2007 el legislador español aprueba un nuevo marco legal: el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado mediante Ley 7/2007, de 12 de abril (BOE 13 abril 2007, núm. 89), que constituye un paso necesario en un proceso de reforma, previsiblemente largo y complejo, para adaptar la articulación y la gestión del empleo público en España a las necesidades de la sociedad actual, en línea con las reformas emprendidas en los demás países del entorno europeo y en la propia Administración comunitaria.

La propia exposición de motivos de la Ley 7/2007 enuncia la apuesta del legislativo por un nuevo marco en la gestión de recursos humanos, un marco en el que se garantiza la selección y la carrera profesional sobre la base de los criterios constitucionales de mérito y capacidad, estableciendo un equilibrio entre derechos y responsabilidades de los empleados públicos. La legislación básica apuesta por nuevos instrumentos que facultan a la Administración para la planificación y ordenación de sus efectivos y la utilización más eficiente de los mismos.

Como elementos fundamentales del nuevo sistema de gestión podemos destacar, en primer lugar, la preocupación del legislador en la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad en materia de acceso al empleo público, así como la transparencia y agilidad de los procesos selectivos. En segundo lugar, una vez que la función pública se haya dotado de personal competente y capaz, es preciso estimular a los empleados públicos para el cumplimiento eficiente de las funciones y responsabilidades, mejorando la eficacia del sistema en cuanto a estímulos y expectativas de los funcionarios. En este aspecto es preciso emprender reformas tanto en materia de promoción y carrera profesional como en los sistemas de provisión de puestos de trabajo. En tercer lugar se debe proporcionar formación adecuada a los empleados públicos, actualizando y potenciando sus capacidades y competencias profesionales. El Estatuto Básico concibe la formación como un derecho individual del empleado público debiendo realizarse durante todo el tiempo que dure el vínculo de la persona con la administración, al objeto, precisamente, de garantizar su adaptación permanente a los requerimientos del puesto de trabajo.

El último elemento fundamental del sistema de gestión es establecer un sistema retributivo coherente con el valor del factor trabajo en el

empleo público. En este apartado el Estatuto reconoce mayor autonomía en la determinación de las retribuciones complementarias, flexibilizando el sistema retributivo y otorgando un margen de libre decisión para que tanto las Leyes de Función Pública de la Administración General del Estado como las de las Comunidades Autónomas adapten el sistema retributivo a las necesidades de su gestión.

El Estatuto Básico del Empleado Público persigue una visión reformista del empleo público, no obstante los elementos fundamentales enunciados no significan más que la adaptación de los elementos clásicos a la evolución de la gestión de recursos humanos en las últimas décadas. Caben, pues, diferentes opiniones sobre la ponderación de la intensidad reformista. Se reconoce el aumento del margen de libre decisión para que las leyes de función pública autonómicas puedan adaptar su normativa a las necesidades y a la realidad de su gestión, pero los aspectos realmente innovadores del Estatuto Básico se han producido en la regulación de la figura del directivo público, de la carrera profesional horizontal y sobre todo de la evaluación del desempeño, cuestión en la que nos vamos a centrar en lo sucesivo.

En el año 2005 comienzan los estudios preliminares para el estudio y redacción del Estatuto Básico del Empleado Público. Entre las recomendaciones efectuadas por la Comisión de expertos creada a tal efecto se encuentra la regulación de la evaluación del desempeño, confiriéndole un protagonismo esencial en el nuevo marco de la función pública. Siguiendo estas recomendaciones, el Estatuto Básico introduce la evaluación del desempeño por primera vez en la administración pública española, resaltando su importancia en la exposición de motivos al afirmar: *“Elemento fundamental de la nueva regulación es, en cualquier caso, la evaluación del desempeño de los empleados públicos, que las administraciones públicas deberán establecer a través de procedimientos fundados en los principios de igualdad, objetividad y transparencia. La evaluación periódica deberá tenerse en cuenta a efectos de la promoción en la carrera, la provisión y el mantenimiento de los puestos de trabajo y para la determinación de una parte de las retribuciones complementarias, vinculadas precisamente a la productividad o al rendimiento”*.

La evaluación del desempeño se configura como un factor de motivación personal y de control interno, ampliamente reconocido en las reformas del empleo público del ámbito europeo. Las oportunidades de promoción y las recompensas que corresponden a cada empleado público han de relacionarse con la manera en que realiza sus funciones, en atención a los objetivos de la organización. Dar el mismo trato a todos los empleados, independientemente de cual sea su rendimiento y su actitud ante el servicio,

resulta injusto en el ámbito personal y contrario a la eficiencia en el ámbito de la gestión del servicio público.

Prueba de la apuesta decidida del legislador por la evaluación es que a lo largo del articulado del Estatuto la evaluación del desempeño está presente junto con la carrera profesional horizontal en 6 capítulos distintos y en 17 artículos. Se vincula la regulación del personal directivo en el artículo 13.3, a los derechos individuales de los empleados públicos en el 14 y es materia objeto de negociación colectiva en el artículo 37.1.d. Esta transversalidad le otorga un carácter relevante en el texto.

En concreto, el artículo 20 del estatuto obliga a todas las administraciones públicas a establecer sistemas que permitan la evaluación del desempeño de sus empleados públicos. El estatuto define la evaluación del desempeño como *el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o logro de resultados*. Las administraciones públicas determinarán los efectos de la evaluación del desempeño en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y en la percepción de retribuciones complementarias. Igualmente, la continuidad en un puesto de trabajo obtenido por concurso quedará vinculada a la evaluación del desempeño de acuerdo con los sistemas de evaluación que cada Administración Pública determine.

Los sistemas de evaluación del desempeño se adecuarán, en todo caso, a criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación y se aplicarán sin menoscabo de los derechos de los empleados públicos. La aplicación de la carrera profesional horizontal, de las retribuciones complementarias derivadas del rendimiento o productividad y el cese del puesto de trabajo obtenido por el procedimiento de concurso requerirán la aprobación previa de sistemas objetivos que permitan evaluar el desempeño, pues hoy día resulta socialmente inaceptable que se consoliden con carácter vitalicio derechos y posiciones profesionales por aquellos que no atiendan satisfactoriamente a sus responsabilidades.

Establecer un sistema de evaluación es un derecho para todos los empleados públicos y, por tanto, es una obligación para las administraciones. Podemos decir que es el gran reto de la función pública, reconocido en el informe de la Comisión de expertos que intervino en la redacción del Estatuto: *“La implantación de buenos sistemas de evaluación del desempeño exige el desarrollo en las organizaciones públicas de importantes capacidades internas: sistemas de definición de objetivos, indicadores de rendimiento, instrumentos para valorar competencias, técnicos especializados, directivos capacitados y comprometidos. Ello exige una mayor inversión en la gestión de recursos humanos y reforzar las unidades*

especializadas dedicadas a dicha gestión. Sin embargo la Comisión considera que ésta es una de las inversiones más rentables a medio y largo plazo, que pueden hacerse en nuestro sector público”.

No obstante, la Comisión considera que la introducción de sistemas de evaluación puede dar lugar a una gran conflictividad en el seno del empleo público, por lo que sería conveniente que las reclamaciones que puedan plantearse sean resueltas por órganos especializados de garantía de los principios de igualdad, mérito y capacidad exigibles.

1.2. La evaluación del desempeño en el marco legal aprobado en el Principado de Asturias (Ley 5/2009, de 29 de diciembre)

El Estatuto Básico del Empleado Público contiene la normativa legal común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, pero corresponde a las Cámaras Legislativas de las distintas Comunidades Autónomas aprobar las leyes reguladoras de la función pública en sus respectivos ámbitos, facilitando e impulsando las reformas necesarias para su modernización administrativa. En virtud de esta potestad la Ley del Principado de Asturias 5/2009, de 29 de diciembre, de séptima modificación de la Ley del Principado de Asturias 3/1985, de 26 de diciembre, de ordenación de la Función Pública, procede para la regulación de la carrera horizontal.

El artículo 49.bis de la Ley asturiana establece la carrera profesional como un derecho de todos los funcionarios de carrera de la propia administración, así como los pertenecientes a sus organismos autónomos, entidades públicas y entes públicos. Este derecho habrá de verificarse conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad y para ello el legislador autoriza el desarrollo reglamentario que establezca el modelo de evaluación aplicable (artículo 49.quater).

Como se puede observar, el ámbito de la aplicación de la Ley 5/2009 se concreta exclusivamente para el colectivo de funcionarios de carrera, atendiendo a la naturaleza administrativa de la misma, no obstante, el Gobierno del Principado de Asturias ha decidido extender las figuras de la carrera profesional y evaluación del desempeño al resto de empleados públicos sujetos a contrato laboral, esperando con esta decisión, trasladar el efecto esperado de impulso y transformación de la administración a la totalidad de la plantilla de la misma, superando las diferencias existentes en los distintos regímenes jurídicos del personal.

La extensión de la carrera profesional y evaluación del desempeño

al personal laboral se produce tras alcanzar sendos Acuerdos en la Mesa General de Negociación de la Administración del Principado de Asturias en fechas 3 de noviembre de 2009 y 5 de octubre de 2010. En estos acuerdos se extiende el alcance de la carrera profesional y evaluación del desempeño al personal laboral fijo de los siguientes convenios colectivos: Convenio Colectivo del personal laboral de la Administración del Principado de Asturias, Convenios Colectivos de la Entidades Públicas del 112 y Bomberos, Convenio Colectivo de la Orquesta Sinfónica y Convenio colectivo para el personal laboral del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Como ya se ha indicado, la Ley del Principado de Asturias 5/2009, de 29 de diciembre, autoriza al ejecutivo a regular el modelo de evaluación aplicable por vía reglamentaria, cuestión que finalmente se sustancia mediante Decreto 37/2011, de 11 de mayo, por se aprueba el Reglamento de la carrera horizontal de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias y el modelo de evaluación¹.

La Ley 5/2009 establece, a semejanza del Estatuto Básico, aquellos aspectos que deben ser objeto de valoración: la trayectoria y actuación profesional de los empleados públicos, la calidad de los trabajos realizados, los

¹ Los antecedentes del modelo de evaluación los encontramos en el proyecto “Seguimiento de la actividad profesional en la Administración del Principado de Asturias, sus Organismos y Entes Públicos”. Este modelo fue aprobado mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno asturiano de fecha 11 de junio y publicado en el Boletín Oficial autonómico el 17 de junio de 2008. Posteriormente, se desarrolla a través de una Resolución de 20 de junio de 2008, de la Consejería de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno (BOPA de 24-6-08). La Administración del Principado consideró desde el principio que la aplicación de modelos de evaluación conlleva de un proceso de aprendizaje corporativo. *Es una “cultura” y como tal hay que vivirla e interiorizarla.* Por ello acuerda la puesta en marcha del proyecto “Seguimiento de la actividad profesional”. Se define y ejecuta por primera vez durante el segundo semestre de 2008, para la totalidad de los empleados públicos con vinculación fija, excluido el personal estatutario del Servicio de Salud, que cuenta un modelo específico de evaluación en su subsector.

El diseño y coordinación de la puesta en marcha del “modelo” correspondió a la Dirección General de Planificación y Evaluación de Recursos Humanos de la Consejería de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno. Sus objetivos han sido: 1) *Dotar a la Administración del Principado de Asturias de una herramienta de medición de la actividad profesional de los empleados públicos al objeto de adoptar las decisiones más convenientes en el marco de la planificación de recursos humanos y la calidad del servicio.* 2) *Valorar los resultados obtenidos en esta fase para, desde el punto de vista de la gestión, reorientar las políticas de gestión de recursos humanos y desde el punto de vista del instrumento técnico, llevar a cabo los ajustes necesarios y mejorar el modelo para el futuro.* 3) *Mejorar los sistemas de dirección y los procesos de gestión.* 4) *Establecer a partir de los resultados obtenidos los indicadores, pesos específicos y baremos que podrían dotar la futura Ley de Función Pública del Principado de Asturias con un instrumento fiable y contrastado que permita valorar el desempeño profesional de los empleados públicos.* 5) *Establecer los mecanismos de mejora emanados de las sugerencias y aportaciones de todos los implicados en el proceso, dándole de este modo, mayor credibilidad y utilidad al sistema.*

conocimientos adquiridos, el resultado de la evaluación del desempeño, así como otros méritos, aptitudes y experiencia adquiridas en el ejercicio de las funciones profesionales desempeñadas.

A partir de este punto de realidad jurídica es preciso establecer un modelo aplicable de evaluación, pasando de los mandatos legales y la definición teórica de conceptos a la regulación operativa y posterior aplicación práctica de los mandatos legales. La tarea no era sencilla habida cuenta de la ausencia de herramientas y modelos de evaluación del desempeño específicos para las Administraciones Públicas, así como de la falta de cultura evaluativa en nuestras organizaciones, tanto vista desde el rol directivo como desde el punto de vista de todos y cada uno de los empleados públicos afectados.

En este contexto se publica el Decreto 37/2011, que regula en sus títulos II, III, IV y V el modelo de evaluación aplicable en la Administración del Principado.

- Título II: Evaluación del Desempeño. Recoge las normas generales de la evaluación del desempeño, la figura del evaluado, del evaluador, las funciones de éstos últimos, el contenido de la evaluación y los efectos en la carrera horizontal. La evaluación del desempeño se verificará mediante la valoración individual de los funcionarios en distintas dimensiones vinculadas al desempeño de tarea y al desempeño contextual y organizacional.
- Título III: Objetivos colectivos e individuales. Contiene la definición y proceso a seguir en orden a la fijación anual de los objetivos de gestión, así como la verificación del cumplimiento de los mismos.
- Título IV: Formación, innovación y transferencia del conocimiento. Recoge a través de sus dos capítulos, las actividades de los funcionarios públicos en formación, innovación, docencia y transmisión del conocimiento, así como la implicación en los proyectos de mejora de la Administración mediante su participación en grupos de trabajo, equipos de investigación, programas de innovación y aumento de la calidad.
- Título V: Puestos de especial desempeño. Incorpora el reconocimiento de la especificidad de determinados puestos de trabajo, atendiendo factores que pudieran dificultar la provisión, la permanencia o la ejecución del trabajo, cuestiones que suelen añadir un plus de exigencia personal, mas allá de la remuneración asociada al puesto.

II. EL MODELO DE EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS: DESCRIPCIÓN TÉCNICA

Dado que no existe un “modelo de evaluación universalmente aplicable”, el sistema que diseñe cada organización deberá adecuarse a las necesidades concretas de la misma, a su cultura de trabajo y a las condiciones generales establecidas para la relación trabajador/trabajo. En el ámbito de la administración pública, además, los modelos de evaluación deben considerar las variables recogidas en la normativa legal.

Además en la definición del modelo se deben tener en cuenta otros elementos fundamentales como la orientación de la actividad pública, las políticas de recursos humanos y la graduación de su implantación. Este último es un elemento especialmente sensible dado que no existe en estos momentos una cultura de evaluación en el sector público y hemos de reconocer las dificultades de su implantación².

El modelo evaluativo aprobado en el Principado de Asturias se basa en la verificación de siete dimensiones y variables objeto de seguimiento y valoración:

Dimensiones y variables objeto de valoración
Desempeño de Tarea
Desempeño Contextual y Organizacional
Objetivos colectivos
Objetivos individuales
Formación
Transferencia del Conocimiento
Puestos de especial desempeño

² DIRECCIÓN GENERAL DE PLANIFICACIÓN Y EVALUACIÓN DE RECURSOS HUMANOS DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS (2011), *La evaluación del desempeño y el Modelo de Seguimiento de la Actividad Profesional en la Administración del Principado de Asturias*, Oviedo, Ed. Granfinsa.

2.1. Desempeño de Tarea

El desempeño de la tarea se encuentra vinculado a las funciones y cometidos del puesto de trabajo, a los conocimientos, destrezas, habilidades y en general a las aptitudes requeridas para obtener una correcta ejecución del mismo. La finalidad de esta variable es valorar la competencia con que los empleados públicos desarrollan las actividades que son reconocidas formalmente por la organización como parte de su puesto de trabajo, actividades que contribuyen a producir los servicios que son el núcleo de la gestión de la organización³.

La evaluación se realiza sobre un conjunto de dimensiones relevantes en el puesto de trabajo, previamente identificadas. A estos efectos, las personas responsables de las Unidades de Gestión procederán a realizar la evaluación de las dimensiones precisas, en los plazos establecidos en el reglamento.

Como primera reflexión, para la evaluación del desempeño de tarea parece lógico partir de una adecuada descripción de los puestos de trabajo⁴.

Reconociendo que desde el punto de vista técnico este método sería adecuado, no ha sido la opción del Principado de Asturias, habida cuenta

³ Podemos definir el desempeño como “el conjunto de conductas que son relevantes para las metas de la organización o la unidad organizativa en la que la persona trabaja” (MURPHY, 1990, pp. 162). Murphy concluye que entre tales metas hay algunas que están relacionadas con tareas específicas y otras no. Desarrolló un marco en el que considera que la mayoría de los puestos de trabajo contienen cuatro tipos de conductas: a) conductas orientadas a la tarea, b) conductas orientadas interpersonalmente, c) conductas relacionadas con la pérdida de tiempo y d) conductas destructivas y azarosas. En los años siguientes, este concepto de Murphy fue ampliado, surgiendo propuestas como la de CAMPBELL y otros colegas. Campbell define el desempeño como “cualquier conducta cognitiva, psicomotora, motora o interpersonal, bajo el control del individuo, graduable en términos de habilidad y relevante para las metas de la organización”. El modelo de evaluación del desempeño por el que opta el Principado de Asturias sigue las recomendaciones de varios autores, entre ellos SALGADO, MOSCOSO y ANDERSON (2011) que parten del criterio de un desempeño multidimensional, con múltiples facetas y comúnmente agrupado en torno a tres grandes dimensiones: (1) desempeño de tarea, (2) desempeño contextual (a veces denominado desempeño prosocial) y (3) conductas contraproductivas o desviadas (en su sentido original o conductas organizacionales en sentido positivo).

⁴ Hay algunos autores que defienden este criterio con exclusividad, como M. GORRITI BÓNTIGUI (2012), “La Evaluación del Desempeño en las Administraciones Públicas Españolas”, en *Crisis Económica y Función Pública* (Dir. J.A. FUENTETAJA PASTOR y CANTERO MARTINEZ, J), Pamplona, Ed. Thomson-Aranzadi, 2012, pp. 259-281. Señala Gorriti que toda Evaluación del Desempeño debe estar basada y diseñarse desde un análisis del puestos de trabajo, además debe tener como contenido de la medida solo comportamientos laborales relevantes.

de la multiplicidad de puestos diferentes existentes en todo el ámbito de gestión autonómica y la poca experiencia de la organización en los procedimientos de evaluación. Todo ello ha aconsejado implantar, al menos inicialmente, un modelo basado en dimensiones genéricas del desempeño, favoreciendo la gestión de la diversidad. En efecto, en la organización existe un cierto número de competencias que podrían señalarse como comunes a la gran mayoría de los puestos. Estas competencias si demuestran validez y fiabilidad constituyen un punto de partida adecuado para las primeras aplicaciones del modelo. En todo caso, simplifican la definición técnica “a priori” y favorecen la actuación de los evaluadores en un momento en el que la homogeneización y simplificación son factores de éxito en su actuación.

Para la obtención de las dimensiones relevantes del desempeño de tarea, previo a su inclusión en la norma reglamentaria, se realizó un proceso de identificación y ponderación de las mismas. Mediante una investigación previa se señalaron un conjunto de características que abarcaban las conductas definitorias de una realización adecuada de diferentes puestos de trabajo en la Administración Pública. Esta lista se proporcionó a un número representativo de jefes de servicios, jefes de unidades y técnicos, a quienes se les pidió que dieran su opinión sobre la importancia y relevancia de las mismas para los puestos que tenían bajo su supervisión directa, diferenciando los grupos A-B y los grupos C-D-E. En concreto se les pedía que asignaran una puntuación de 1 a 5, siendo 1= no es relevante y 5= fundamental (imprescindible).

De un total de 50 características se identificaron 5 dimensiones de tarea referidas a la actuación en el puesto de trabajo para cada uno de los dos grandes conjuntos de puestos de trabajo: Grupos A1 y A2, A y B por un lado y Grupos C1, C2, C, D y E por otro. En total se escogen 8 dimensiones.

Para llegar a dichas dimensiones se ha realizado un estudio de fiabilidad (1), necesario para garantizar que el instrumento era consistente (lo que mide, lo mide bien y todos los ítems miden lo mismo): Se identificaron las dimensiones más relevantes según los criterios de puntuación media más alta y desviación típica más baja, se establecieron grupos homogéneos de dimensiones según análisis factorial, se llevó a cabo un análisis interjueces con un acuerdo medio alcanzado de 8 sobre 10 y por último se aplicó el método de fiabilidad más utilizado en psicometría, el alfa de Crombach. Este índice mide la consistencia interna tomando valores entre 0 y 1. Sirve para comprobar si el instrumento que se está evaluando recopila información defectuosa y por tanto nos llevaría a conclusiones equivocadas o si se trata de un instrumento fiable que hace mediciones estables y consistentes. El

resultado del estudio nos indica que el modelo es altamente fiable y supera los límites psicométricos recomendables⁵.

El resultando por grupos profesionales queda reflejado en el siguiente cuadro, acompañado de las definiciones básicas de las dimensiones de desempeño de tarea ⁶:

Grupos A1 y A2	Grupos B, C1 y C2
Capacidad de toma de decisiones	Capacidad de aprendizaje
Capacidad de organización y planificación	Minuciosidad y responsabilidad
Capacidad de resolución de problemas	Esfuerzo y perseverancia
Conocimientos técnicos	Conocimientos técnicos
Productividad (cantidad/ calidad de trabajo)	Productividad (cantidad /calidad de trabajo)

La descripción de las dimensiones evaluables figura expresamente recogida en el Anexo III del Decreto 37/2011, de 11 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la carrera horizontal de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias.

Cada una de las dimensiones evaluables se valora mediante una escala gradual que oscila desde un mínimo de 1 a un máximo de 4. Los resultados de la evaluación se verificarán mediante el cálculo de la media aritmética de las valoraciones asignadas a las dimensiones evaluables de esa área. Para la progresión en carrera horizontal la valoración obtenida en de-

⁵ El proceso de validación técnica y de análisis de la fiabilidad para las dimensiones relacionadas con el desempeño de tarea y con los desempeños contextual y organizacional, se encuentra recogido en el artículo publicado por J. F. SALGADO VELO y A. L. CABAL CIFUENTES (2011), "Evaluación del Desempeño en la Administración Pública del Principado de Asturias: Análisis de las Propiedades Psicométricas", en *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, Vol. 27, n.º 2, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, pp. 75-91.

⁶ La descripción de los criterios de desempeño eficaz y los anclajes conductuales para cada dimensión se han obtenido siguiendo el método Behaviorally Anchored Rating Scales (BARS) y se encuentran en la publicación de la DIRECCIÓN GENERAL DE PLANIFICACIÓN Y EVALUACIÓN DE RECURSOS HUMANOS DEL GOBIERNO DEL PRINCIPADO, (2008), *Manual de Evaluador para el Seguimiento de la Actividad Profesional en la Administración del Principado*, Oviedo, Ed Grafinsa.

sempañe de tarea se traducirá en una puntuación cuyo máximo anual será de 5 puntos, teniendo en cuenta que la evaluación negativa cuya media sea 1 no otorgará puntuación alguna y la puntuación media superior a 1 otorgará tantos puntos como resulten de multiplicar la media aritmética por 1,25. De acuerdo con la norma reglamentaria la evaluación individual del desempeño será realizada por un superior jerárquico de la persona evaluada y contará con la conformidad del responsable superior del evaluador.

Si la evaluación del área de desempeño de tarea resultase negativa, se estaría detectando una falta de conocimiento o competencia del trabajador para realizar las tareas propias de su puesto de trabajo por lo que el evaluador deberá proponer aquellas acciones formativas que considere necesarias para mejorar la actuación del evaluado. En este caso no se concibe la evaluación como un instrumento sancionador sino como una oportunidad para superar la carencia de conocimientos.

2.2. Desempeño Contextual y Organizacional

El *desempeño contextual* comprende aquellas conductas o comportamientos que contribuyen a la eficacia de la administración ayudando al contexto social y humano, con actitudes que definen el ambiente del puesto de trabajo y sirven como catalizadores y facilitadores del desempeño de las tareas, propias y de otros, así como las conductas y acciones realizadas voluntariamente por los funcionarios que resultan relevantes para los legítimos intereses de la Administración. Este tipo de desempeño está más relacionado con la forma y la manera con la que nos relacionamos en nuestro contexto.

El *desempeño organizacional* se asocia a las conductas contraproductivas. Entendemos como conducta contraproductiva todo comportamiento intencional de un miembro de la organización, contrario a los legítimos intereses de ésta. A diferencia del desempeño de tarea y el desempeño contextual, la característica del desempeño entendido como conducta contraproductiva es que no es deseable, no obstante ocurre y por tanto es pertinente evaluarlo si se concibe como relevante y se encuentra bajo el dominio del trabajador. Desde el punto de vista jurídico, este tipo de desempeño se asocia al código y criterios de conducta recogidos en los artículos 52 a 54 del Estatuto Básico del Empleado Público.

Al igual que con las dimensiones asociadas al desempeño de tarea, para la obtención de las dimensiones relevantes del desempeño contextual y organizacional se realizó el proceso de identificación y ponderación de

ya indicado. Los resultados del análisis de fiabilidad calculando aplicando el coeficiente alfa de Crombach han sido igualmente satisfactorios, con valores de valores de .76 y .72, para desempeño contextual y desempeño organizacional respectivamente.

Las dimensiones finalmente identificadas son las siguientes⁷:

Desempeño contextual	Desempeño organizacional
Orientación a objetivos y resultados	Mantenimiento voluntario del rendimiento laboral
Iniciativa	Mantenimiento voluntario de la calidad del trabajo
Compromiso con la organización	Uso adecuado del tiempo y los recursos laborales
Colaboración y cooperación con compañeros	Asistencia al trabajo y uso eficiente del tiempo
Compartir y transmitir conocimiento	Ritmo voluntario eficiente del trabajo

En el análisis se ha puesto de manifiesto, como ya había sido demostrado previamente en la literatura científica, que las competencias de desempeño contextual y desempeño organizacional son comunes a todos los puestos de trabajo sin distinción, por lo que son relevantes y aplicables a todos los grupos profesionales, mientras que las facetas de desempeño de tarea, a excepción de conocimientos técnicos y productividad (cantidad y calidad del trabajo), son particulares para los distintos grupos laborales.

Al igual que ocurre con las dimensiones de desempeño de tarea la evaluación individual del desempeño contextual y organizacional será realizada por un superior jerárquico de la persona evaluada y contará con la conformidad del responsable superior del evaluador.

⁷ Al igual que para en las dimensiones de desempeño de tarea, la descripción de los criterios de desempeño eficaz y los anclajes conductuales de las dimensiones contextuales y organizacionales se encuentran en la publicación de la DIRECCIÓN GENERAL DE PLANIFICACIÓN Y EVALUACIÓN DE RECURSOS HUMANOS DEL GOBIERNO DEL PRINCIPADO, (2008), *Manual de Evaluador para el Seguimiento de la Actividad Profesional en la Administración del Principado*, Oviedo, Ed Grafinsa.

Para la definición de las competencias ver Anexo III del Decreto 37/2011, de 11 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la carrera horizontal de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias.

Para su consideración en el sistema de carrera horizontal la valoración obtenida por los funcionarios en las dimensiones contextuales y organizacionales otorgará una puntuación máxima anual de 5 puntos, teniendo en cuenta que la evaluación negativa, cuya media sea 1 no otorgará puntuación alguna y la puntuación media superior a 1 otorgará tantos puntos como resulten de multiplicar la media aritmética por 1,25.

Complementariamente se ha examinado si las competencias seleccionadas técnicamente, tanto para desempeño de tarea como para desempeño contextual y organizacional, aparecen reflejadas en el EBEP. Este hecho es especialmente relevante para contar con la seguridad jurídica suficiente en la definición del modelo. Se constata que las competencias para desempeño de tarea, se contienen en el Capítulo VI del Estatuto Básico, al determinar los deberes de los empleados públicos y el código de conducta, Así, ya el comienzo del artículo 52 es relevante al decir que “los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas” (Art. 52), lo que indica que el desempeño de tarea debe ser evaluado, pero también los artículos 53 y 54, sobre los principios éticos y el código de conducta, incluyen un número importante de correspondencias.

Respecto a las dimensiones de desempeño contextual y organizacional encontramos que la competencia de orientación a objetivos y resultados figura en el artículo 53.8; la de iniciativa en los artículos 54.8 y 54.10; la de compromiso organizacional en el artículo 53.11; la de colaboración y cooperación con compañeros en el 53.3; la de compartir y transmitir conocimiento en el 54.8; la de mantenimiento voluntario del rendimiento laboral en el 95c; la del mantenimiento voluntario de calidad del trabajo en el artículo 95g; la dimensión de uso adecuado del tiempo y los recursos en los artículos 54.2 y 54.5; la asistencia al trabajo en los artículos 54.2 y 95c; y la dimensión de ritmo voluntario eficiente en los artículos 53.8 y 53.10. Por tanto, las competencias indicadas por los encuestados como relevantes para la evaluación del desempeño están todas ellas mencionadas en el EBEP y acotan el dominio del desempeño en el trabajo en la Administración Pública del Principado de Asturias.

2.3. Objetivos colectivos

Los motivos que justifican que el modelo de evaluación instaurado en el Principado de Asturias incorpore la variable de cumplimiento de objetivos parten de la propia definición de evaluación del desempeño realizada por el Estatuto Básico del Empleado Público, al referirse expresamente en su artículo 20.1 a la valoración del rendimiento o logro de resultados.

Entendiendo por resultado el “producto del trabajo”, la evaluación centrada en resultados consiste en la medición de dicho producto y el método más generalizado para trabajar por resultados es la “dirección por objetivos”. En este método la estructura directiva de la Administración pública se agrupa piramidalmente por unidades de gestión que asumen responsabilidades específicas para seguidamente identificar los objetivos que den cumplimiento a las expectativas de mejora del servicio público dentro de las funciones encomendadas.

El reglamento de carrera profesional del Principado de Asturias define los objetivos colectivos *como acciones corporativas de actuación o mejora del servicio público orientadas a un resultado para cada Unidad de gestión, en un período determinado por el año natural*. Estos objetivos se identifican en el ámbito de gestión correspondiente y se les somete a un procedimiento de comunicación, publicidad y registro que permita que todas las personas integrantes de la unidad de gestión los conozcan y perseveren en su cumplimiento. Los objetivos deberán ser cuantificables y medibles y deberán contar con una fuente de verificación fiable.

Con carácter general, cada unidad de gestión identificará y declarará cinco objetivos anuales. Podrán ser objetivos de gestión relacionados con las competencias atribuidas a la Unidad o bien objetivos estratégicos de mejora de los servicios públicos, alineados con el desarrollo de determinadas políticas públicas de especial interés. Este último tipo facilita especialmente los procesos de modernización de la administración.

La acreditación del grado de cumplimiento de los objetivos colectivos identificados será realizada por los responsables de las Unidades de gestión, una vez concluido el período anual de ejecución. De igual forma, informarán a los trabajadores de sus Unidades del grado de cumplimiento alcanzado. Los órganos o unidades competentes y, en su caso, la Inspección General de Servicios del Principado de Asturias, podrán verificar la exactitud de los datos enviados en relación con el cumplimiento de los objetivos colectivos.

A efectos del progreso en carrera horizontal la valoración del logro de los objetivos colectivos será anual y tendrá una puntuación máxima de 15 puntos, computándose, con carácter general, a razón de 3 puntos por cada objetivo cumplido. La puntuación obtenida por cada Unidad de gestión se asignará individualmente a todos los miembros de la Unidad, de forma proporcional a los días de trabajo efectivo durante el período de evaluación. De esta forma se valora la participación del empleado público en la gestión de los asuntos de su unidad y en el cumplimiento e impulso de las acciones que se hayan declarado en el período.

2.4. Objetivos individuales

Cuando hablamos de “rendimiento o logro de resultados”, en aplicación del artículo 20.1 del Estatuto Básico del Empleado Público, necesariamente hemos de referirnos a la actividad personal de los empleados públicos. En este sentido el rendimiento individual se erige técnicamente en la variable de cómputo por excelencia, al señalar el “producto básico del trabajo personal”.

El reglamento define la variable de objetivos individuales como *acciones de mejora del servicio público orientadas a un resultado y realizadas por cada funcionario individualmente, dentro del período de evaluación*. Durante el mes de enero de cada ejercicio los evaluadores establecerán los objetivos individuales del periodo a cada funcionario, poniéndolo en conocimiento de los interesados. Los objetivos individuales se formalizarán por escrito en el “documento de objetivos individuales” que deberá contener la descripción de las acciones programadas, sus plazos de ejecución, criterios de cumplimiento y ponderación de las mismas.

Concluido el año natural o el periodo señalado, el evaluador superior jerárquico del empleado público procederá a la valoración final de los objetivos individuales, que se realizará en el mismo acto que la entrevista correspondiente a la evaluación del desempeño. A efectos de carrera horizontal la valoración del logro del objetivo individual otorgará una puntuación de un máximo de 5 puntos.

No obstante es necesario reconocer que en el momento de aprobación del modelo de evaluación no existe en el Principado de Asturias una cultura organizativa generalizada de trabajo por objetivos personales, por lo que se apuesta instrumentar un proceso paulatino de implantación que se habrá de ir consolidando en el tiempo. De esta forma el reglamento de carrera profesional establece que por acuerdo de Consejo de Gobierno se podrá sustituir la fijación de objetivos individuales del evaluador por el señalamiento de objetivos generalistas de cumplimiento individual por los funcionarios.

Esta modalidad de objetivos generalistas de cumplimiento individual se ha configurado en la práctica como una potente herramienta para impulsar acciones de mejora corporativa. Por poner un ejemplo cabe decir que en los años de aplicación del modelo se han propuesto como objetivos generalistas acciones como la definición y descripción del puesto de trabajo individual, encuestas masivas de análisis de clima laboral, recomendaciones y consideraciones sobre el contenido de los planes de formación, etc. Todas

estas acciones han conseguido recabar masivamente información personalizada, involucrando a cada trabajador con sus aportaciones personales a los grandes proyectos de transformación de la función pública, indudablemente todo un proceso de participación en la planificación estratégica vinculada a la gestión de recursos humanos en el ámbito del Principado de Asturias.

2.5. Formación

La doctrina científica ha reconocido de manera unánime la importancia de la formación en el desempeño laboral. En este sentido todas las administraciones públicas vienen desarrollando planes de formación que atienden fundamentalmente a dos grandes dimensiones. En primer lugar la formación se considera como elemento motivador del personal, ya que les permite desarrollar sus capacidades y progresar profesionalmente, en segundo lugar opera como elemento de garantía de la adecuación técnica del personal al servicio de la administración a las necesidades de la gestión pública, unas necesidades en permanente evolución.

El Reglamento de carrera profesional y evaluación del Principado de Asturias incluye la formación como variable necesaria en la valoración de la carrera profesional. Se define como *el conjunto de actividades que, a través del aprendizaje planificado, tienen como objetivos el mantenimiento y la mejora de la competencia profesional, con el fin de contribuir a elevar la calidad de los servicios, la consecución de los objetivos estratégicos de la organización y el desarrollo profesional de los empleados públicos.*

A efectos del sistema de carrera horizontal se valorarán los cursos de formación organizados e impartidos por los órganos de la Administración del Principado de Asturias que desarrollen competencias formativas por norma expresa. Igualmente se tomarán en consideración los cursos impartidos por cualquier otro organismo o institución siempre que se sometan a los procedimientos de acreditación pertinentes.

La valoración de los cursos de formación se obtendrá a razón de 0,25 puntos por hora lectiva cuando dichas acciones formativas lo sean con aprovechamiento y a razón de 0,125 puntos por hora lectiva cuando lo sean con certificado de asistencia, pudiendo obtenerse hasta un máximo de 10 puntos anuales por formación.

2.6. Transferencia del conocimiento

Se entiende por innovación y transferencia del conocimiento el conjunto de actividades realizadas por los funcionarios, dirigidas tanto a la difusión del conocimiento técnico y organizativo como a la investigación y desarrollo en materias propias de los distintos ámbitos profesionales de la administración pública. Recoge la actividad de tres grandes ámbitos de actuación: transmisión del conocimiento, creación del conocimiento y difusión del conocimiento.

La transmisión del conocimiento valora la actividad individual en actividades de docencia y formación a empleados públicos, tutorías destinadas a favorecer la adquisición de competencias profesionales por otras personas, actividades vinculadas a la detección y análisis de necesidades formativas y la coordinación o participación en grupos de trabajo en materias de interés para la organización.

La creación de conocimiento considera la dirección o participación en trabajos de investigación, innovación y/o calidad relacionados con la actividad profesional o institucional. Considera igualmente la gestión del conocimiento, entendida como la difusión e intercambio de conocimientos, procedimientos y habilidades útiles para la realización de tareas profesionales.

La difusión del conocimiento valora actividades como la participación en congresos, jornadas y conferencias relacionadas con la actividad profesional e institucional, las publicaciones entendidas como elaboraciones profesionales editadas con fin divulgativo y por último la obtención de reconocimientos públicos y premios, definidos como las menciones públicas y galardones recibidos por el reconocimiento de la trayectoria profesional o por trabajo sobresaliente relacionado con la administración.

Las actividades y méritos incluidos en los distintos ámbitos de Innovación y Transferencia del Conocimiento se valorarán conforme a un baremo preestablecido y se traducirán, para su consideración en el sistema de carrera horizontal, en una puntuación cuyo máximo anual será de 6 puntos para la totalidad de los ámbitos de valoración.⁸

2.7. Puestos de especial desempeño

⁸ Ver Anexo IV del Decreto 37/2011, de 11 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la carrera horizontal de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias.

El artículo 65 del Reglamento de carrera horizontal establece que se podrán considerar puestos de especial desempeño aquellos en los que concurren circunstancias no habituales que dificultan la provisión, la permanencia en los mismos o la organización del trabajo. Con esta variable se pretende reconocer el desempeño de algunos puestos en los que, mas allá de la retribución asociada a los mismos, concurren unas condiciones que los hacen “poco apetecibles” en los procedimientos de provisión, por lo que su desempeño conlleva un esfuerzo adicional o un plus de dedicación personal. Un ejemplo de este tipo de puestos serían los destinados en zonas de alta montaña o bien puestos de trabajo con colectivos de especial conflictividad social o que precisen alta carga emocional en su desempeño.

El reglamento establece como criterio de especial desempeño las condiciones de ubicación geográfica y la densidad de población de los lugares de trabajo. Igualmente permite que se puedan declarar otros puestos por resolución del órgano administrativo competente en materia de función pública y previo informe de la Comisión Superior de Personal.

Para su consideración en carrera horizontal la valoración de los puestos de especial desempeño se realizará en base a los puestos de trabajo ocupados en el ejercicio, con un máximo de 4 puntos que será proporcional al tiempo de trabajo efectivo y de permanencia en el mismo.

2.8. Ponderación de las variables

Como resumen final se presenta un resumen de la puntuación de las siete variables aplicables al proceso global de evaluación anual a considerar para el progreso en carrera profesional horizontal, indicando el peso relativo de la variable respecto del total, el tipo de evaluación y la tipología de variable:

	PROPUESTA	TIPO DE EVALUACIÓN		TIPO DE VARIABLE	
	PESO RELATIVO	OBJETIVADO	OBJETIVO	INDIVIDUAL	COLECTIVA
Desempeño de Tarea	10%	Objetivado		Individual	
Desempeño Contextual y Organizacional	10%	Objetivado		Individual	
Objetivos colectivos	30%		Objetivo		Colectivo
Objetivos individuales	10%		Objetivo	Individual	
Formación	20%		Objetivo	Individual	
Transferencia del conocimiento	12%		Objetivo	Individual	
Puestos de especial desempeño	8%		Objetivo	Individual	
	100%	20%	80%	70%	30%

2.9. Aspectos finales

Hasta la fecha la Ley del Principado de Asturias 5/2009, de 29 de diciembre, procede a la regulación de la evaluación del desempeño como elemento imprescindible para el progreso en la carrera profesional horizontal. Este ha sido un paso importante pero no agota en modo alguno la definición de los efectos de la carrera en otros aspectos relacionados con el empleo público. Queda pendiente, para una reforma posterior, el conocer el criterio del legislador autonómico en cuanto a los posibles efectos de la evaluación en la percepción de retribuciones complementarias, en la formación, en la provisión o mantenimiento del puesto de trabajo y en otros aspectos como pueden ser el acceso a cuerpos y escalas superiores por promoción interna o por promoción cruzada o su relación con la nueva figura del directivo público. Todo un reto para el legislador, pero indudablemente un proceso necesario para conseguir una articulación de la función pública acorde con las necesidades de la sociedad del siglo XXI.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAMPBELL, J.P. (1990), "Modeling the performance prediction problem in industrial and organizational psychology", en M. DUNNETTE y L.M. HOUGH (Eds.). *Handbook of industrial an organizational psychology* : vol.1, 2ª edición.. Palo Alto, CA: Consulting Psycology Press. Pp. 687-731.
- CASCIO, W. (2003), Performance Management. In Cascio, W., (Ed.) *Managing Human Resources: productivity, quality of work life, profits*, 6th edn., Boston, Ed. MacGraw Hill.
- CENTRO PwC & IE DEL SECTOR PÚBLICO (2008), *La evaluación del desempeño en las Administraciones Públicas*, Madrid. Ed. Fundación Pricewaterhouse Coopers e Instituto de Empresa.
- DIRECCIÓN GENERAL DE PLANIFICACIÓN Y EVALUACIÓN DE RECURSOS HUMANOS DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS (2011), *La evaluación del desempeño y el Modelo de Seguimiento de la Actividad Profesional en la Administración del Principado de Asturias*, Oviedo, Ed. Granfinsa.
- DIRECCIÓN GENERAL DE PLANIFICACIÓN Y EVALUACIÓN DE RECURSOS HUMANOS DEL GOBIERNO DEL PRINCIPADO, (2008), *Manual de Evaluador para el Seguimiento de la Actividad Profesional en la Administración del Principado*, Oviedo, Ed. Grafinsa.
- ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO. INFORME DE LA COMISIÓN (2005), Madrid, INAP-Goberna.
- GORRITI BONTIGUI, M., (2012), "La Evaluación del Desempeño en las Administraciones Públicas Españolas", en *Crisis Económica y Función Pública* (Dir. FUENTETAJA PASTOR, J.A. y CANTERO MARTINEZ, J.), Pamplona, Ed. Thomson-Aranzadi, 2012, pp. 259-281.
- GORRITI BONTIGUI, M. y LÓPEZ BASTIERRA, J. (2009), *Identificación de criterios de desempeño a partir del análisis de puestos*, Vitoria. Ed. Instituto Vasco de Administración Pública.
- MURPHY, K. R. (1990), "Job Performance and Productivity". En K.R. MURPHY y F. E. SAAL (Eds.). *Psychology in Organizations: Integrating science and practice*, Hillsadle, N.J. Erlbaum. Pp. 157-176.
- NOGUER PORTERO, C. (2008), "Artículo: La Evaluación del Desempeño", en *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid. Ed. La Ley. pp-115-158.
- PALOMAR OLMEDA, A., SEMPERE NAVARRO, A.V. y otros (2008), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial Tomson-Aranzadi.

- SALGADO, J.F. y CABAL, A.L. (2011), "Evaluación del Desempeño en la Administración Pública del Principado de Asturias: Análisis de las Propiedades Psicométricas", en *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, Vol. 27, n.º 2, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, pp. 75-91.
- SALGADO, J. F., MOSCOSO S. y ANDERSON, N. (2011), Personality and Counterproductive Behaviors at Work, en R. TETT y N. CHRISTIANSEN (Eds.). *Handbook or Personality at Work*. New York: Routledge.

OBRA PUBLICADA
COM A COORDENAÇÃO
CIENTÍFICA



O Grupo Crise, Sustentabilidade e Cidadanias é um dos grupos de investigação do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e tem como principais núcleos temáticos de pesquisa a transestatalidade, a sustentabilidade ambiental e energética, a sustentabilidade económica e financeira, a sustentabilidade social e a sustentabilidade política.

O seu plano de trabalhos para o quinquénio 2015-2020 concentra-se no estudo de cinco problemas: a superação da crise através de novas ideias estratégicas e da reformulação das estruturas administrativas e orientações da *governance*; o desafio da justiça intergeracional e social no contexto nacional e europeu; os problemas normativos da transestatalidade; as reformas fiscais em resposta aos desafios da justiça e da competitividade; a reforma do Estado e das organizações políticas na Sociedade aberta, global e em rede.

