

ñola y el Tratado CE, sin que puedan aplicar normas positivas contrarias al Derecho comunitario, tal y como es interpretado por el TJCE; (iii) la posibilidad de presentar una rectificación de la declaración del Impuesto sobre Sociedades de ejercicios no prescritos o liquidados por la Administración y solicitar la devolución de los ingresos indebidos que resulten de la aplicación indebida de una norma interna contraria al ordenamiento comunitario, como es la norma de subcapitalización del artículo 20 de la LIS, en la redacción examinada por la resolución del TEAC; y (iv) las importantes dudas que nos suscita la compatibilidad con el Derecho comunitario de determinadas normas del ordenamiento jurídico español, normas que esperamos sean modificadas por el legislador y, en todo caso, no aplicadas por los poderes públicos, incluyendo los tribunales económico-administrativos.

GUILLERMO CANALEJO LASARTE (\*)

## ESPAÑA

### EL NUEVO ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

#### Introducción

El 14 de abril de 2007 entró en vigor la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, el «Estatuto») con la finalidad, manifestada por el legislador en la Exposición de Motivos, de dar cumplimiento al mandato contenido en el artículo 103.3 de la Constitución española (en adelante, «CE»), por medio de la regulación y sistematización en un único cuerpo legal de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, así como de la normativa aplicable al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

En efecto, según la Exposición de Motivos del Estatuto, éste contiene «aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio». Justificando su procedencia, el Estatuto añade que, a pesar del tiempo

transcurrido desde la entrada en vigor de la CE, «no se ha aprobado hasta la fecha una ley general del Estado que, en cumplimiento de las mismas (de las previsiones constitucionales), regule de manera completa las bases de dicho régimen estatutario», hasta ahora ciertamente dispersas en una multiplicidad de textos normativos.

Desde un punto de vista competencial, las previsiones del Estatuto relativas a las bases del régimen estatutario de los funcionarios se dictan al amparo del artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la CE, que confiere al Estado la competencia exclusiva sobre las «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios», mientras que las que se refieren al régimen del personal laboral se dictan al amparo de los artículos 149.1.7.<sup>a</sup> y 13.<sup>a</sup> de la CE, que atribuyen al Estado, respectivamente, competencia exclusiva en materia de «legislación laboral» y para la regulación de las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica».

Como complemento necesario del Estatuto, y dado su carácter de norma «básica» del régimen estatutario de los funcionarios públicos, se prevé su desarrollo por las correspondientes «Leyes reguladoras de la Función Pública», que habrán de aprobar para su respectivo ámbito de competencias las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

#### Ámbito de aplicación del Estatuto (Título I)

El Estatuto se aplica (con ciertos matices para el personal docente, investigador y estatutario de los Servicios de Salud) al personal funcionario de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las Comunidades y Ciudades Autónomas, de las Administraciones de las Entidades Locales, de las Universidades Públicas, de los Organismos Públicos y, finalmente, de las Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.

A su vez, y tal y como establece el propio Estatuto, éste se aplicará «en lo que proceda», al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas citadas en el párrafo anterior, lo que significa que será de aplicación al personal de esta naturaleza cuando así lo prevea expresamente el propio Estatuto.

Las normas del Estatuto y los «principios de conducta y actuación» y «de acceso al empleo público» que de aquéllas se infieren serán de aplicación a las entidades del sector público estatal, autonómico y local

(\*) Abogado del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid).

que no estén incluidas en el ámbito de aplicación del Estatuto y que estén definidas como entidades del sector público en su normativa específica.

Junto a la anterior, debe señalarse que el Estatuto no se aplica a aquel personal con «*legislación específica propia*», salvo en los casos en que ésta se remita expresamente al Estatuto. Entre este personal con «*legislación específica propia*» se comprenden, entre otros, el personal funcionario de los Órganos Constitucionales del Estado, los Jueces, Magistrados y Fiscales, el personal del Banco de España y de los Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito, el personal militar de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y el personal retribuido por arancel.

Finalmente, el todavía personal funcionario de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos se regirá por sus normas específicas y supletoriamente por el Estatuto.

### **Personal al servicio de las Administraciones Públicas (Título II)**

El Título II del Estatuto regula las clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas, al clasificar los empleados públicos en: (i) funcionarios de carrera; (ii) funcionarios interinos; (iii) personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal; y (iv) personal eventual. En este aspecto de la regulación, no se incorporan, pues, relevantes novedades, siendo así que se trata del criterio clasificatorio tradicional del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Como principal modificación en materia de clases de personal debe destacarse la creación del denominado «*personal directivo profesional*» de la Administración, configurado en el Estatuto como un empleado público que desarrolla «*funciones directivas profesionales, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración*». El Estatuto remite a la normativa de desarrollo de las Administraciones Públicas la definición concreta de esta figura, de acuerdo con los principios que el Estatuto consagra y con el condicionante de que en el caso de que el vínculo del personal directivo con la Administración de que se trate tenga naturaleza laboral se regirá por lo dispuesto en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

La principal característica del «*personal directivo profesional*», «*llamado a constituir en el futuro un factor decisivo de modernización administrativa*», según la

Exposición de Motivos del Estatuto, se sitúa en que su evaluación se basará en criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad y control de resultados en función de los objetivos marcados.

Por lo demás, la determinación de las condiciones de trabajo del «*personal directivo profesional*» queda al margen de la negociación colectiva del personal al servicio de las Administraciones Públicas, de cuya regulación se ocupa también el Estatuto, como después veremos.

### **Promoción profesional de los funcionarios de carrera (Capítulo II del Título III)**

Otra de las novedades del Estatuto se sitúa en la nueva configuración del derecho a la carrera profesional y a la promoción interna de los funcionarios de carrera.

En efecto, junto a la tradicional «*carrera vertical*» de los funcionarios, que hace referencia al «*ascenso en la estructura de puestos de trabajo*», se regula su «*carrera horizontal*», consistente «*en la progresión de grado, categoría, escalón u otros conceptos análogos, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo*».

De forma paralela se distingue entre la «*promoción interna vertical*», consistente en el ascenso desde un cuerpo o escala de un subgrupo o grupo de clasificación profesional a otro superior y la «*promoción interna horizontal*», referida al «*ascenso desde un cuerpo o escala de un mismo subgrupo profesional*».

Por lo demás, el personal laboral al servicio de la Administración tendrá también derecho a la promoción profesional, si bien en tal caso esa promoción se hará efectiva a través de los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores y en los convenios colectivos.

Finalmente, en lo que se denomina «*evaluación del desempeño*», el Estatuto prevé que tanto la promoción «*horizontal*» como la «*vertical*» se basen en procedimientos que midan y valoren la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados, con la previsión de que aquéllos sean aprobados por las Administraciones Públicas dentro del ámbito de sus competencias.

### **Grupos y subgrupos de los cuerpos y escalas (Capítulo II del Título IV)**

Por otra parte, el Estatuto mantiene el criterio tradicional de clasificación profesional de los «*cuerpos y escalas*» de funcionarios públicos de carrera con relación a su titulación académica, con la única

adaptación de las actuales categorías de funcionarios a los nuevos planes educativos en vigor (Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato) y a las nuevas clases de titulaciones universitarias, que resultarán del proceso de reordenación de los títulos universitarios, que en la actualidad se encuentra abierto.

Así, se realiza una clasificación en tres grupos, A, B y C. En función de las titulaciones universitarias, dentro del grupo A existirán dos subgrupos A<sub>1</sub> y A<sub>2</sub>, para cuyo acceso se exigirá el futuro título universitario de Grado, mientras que al grupo B podrán acceder aquellos que tengan el título de Técnico Superior. Dentro del grupo C se distinguirán los subgrupos C<sub>1</sub> (título de bachiller o técnico) y C<sub>2</sub> (título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria).

Transitoriamente, hasta que se produzca esa generalización, los grupos de clasificación existentes a la entrada en vigor del Estatuto (A, B, C y D) se integrarán de acuerdo a las siguientes equivalencias: grupo A-subgrupo A<sub>1</sub>; grupo B- subgrupo A<sub>2</sub>; grupo C-subgrupo C<sub>1</sub>; grupo D-subgrupo C<sub>2</sub>; Grupo E- agrupaciones profesionales sin requisitos de titulación, todo ello en virtud de lo establecido en la disposición transitoria tercera del Estatuto.

Por lo demás, el personal laboral se clasificará de conformidad con la legislación laboral.

### Negociación colectiva (Capítulo IV del Título III)

De otro lado, el Estatuto, sustituyendo en este punto a la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, regula la negociación colectiva de los funcionarios públicos, entendida como el derecho a negociar la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos conforme a los principios de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia en el marco de la denominada actividad pública de carácter pactado (convenios colectivos).

El Estatuto mantiene las tradicionales mesas generales de negociación en el ámbito de la Administración General del Estado y de las Comunidades y Ciudades Autónomas, que tendrán competencia para la negociación de las materias relativas a las condiciones de trabajo comunes a los funcionarios que estén incluidos en el ámbito de actuación de cada mesa general. Con base en las peculiaridades de determinados sectores y con el objetivo de flexibilizar y particularizar la negociación colectiva,

podrán constituirse mesas sectoriales en el ámbito de cada mesa general que respondan a las características peculiares de cada sector al que afecten.

### Mesa general de negociación

Junto a las mesas generales de negociación, el Estatuto crea una «*mesa general de negociación de las Administraciones Públicas*», que estará presidida por un miembro de la Administración General del Estado, y que tendrá representantes de las Comunidades y Ciudades Autónomas y de la Federación Española de Municipios y Provincias. El Estatuto determina las materias que serán objeto de negociación en esta «*mesa general de negociación de las Administraciones Públicas*», destacando entre sus competencias la determinación del incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que corresponda incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año o los criterios generales sobre ofertas de empleo público.

### Procedimiento negociador

Los pactos y acuerdos que se concluyan en el seno de cada una de las mesas de negociación versarán sobre las materias de su competencia y deberán celebrarse por escrito, con determinación de las partes que los conciertan, su ámbito personal, funcional y temporal, así como de la forma, plazo de preaviso necesario para su denuncia.

Los pactos y acuerdos alcanzados deberán cumplirse en su integridad salvo cuando, excepcionalmente, por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas y con informe a las organizaciones sindicales, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen tales pactos o acuerdos.

Por lo demás, el Estatuto prevé la creación de comisiones paritarias de seguimiento de los pactos y acuerdos alcanzados, con la composición y funciones que se determinen, al objeto de garantizar el control de su cumplimiento.

### Acceso al empleo público (Título IV)

El Estatuto dedica el Capítulo I del Título IV a regular las condiciones básicas del acceso al empleo público. De forma coherente con lo previsto en el artículo 103 de la CE, se proclama el derecho de todos los ciudadanos a acceder al empleo público con base en los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. De otro lado, se determina la obligación de

las Administraciones Públicas de seleccionar su personal respetando, entre otros, los principios de publicidad, transparencia, imparcialidad y agilidad.

El Estatuto contiene los rasgos esenciales que deben reunir los sistemas selectivos de empleo público, con la necesaria observancia para cada Administración de los principios y normas contenidos en el Estatuto para la articulación de los correspondientes procesos selectivos. En este ámbito, el Estatuto prevé la obligación de reservar un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para que sean cubiertas por personas con discapacidad, siempre que ésta sea acreditada y se superen los procesos selectivos correspondientes.

Por lo que respecta al acceso al empleo público de nacionales de otros Estados, el Estatuto, derogando la normativa anterior, mantiene la posibilidad de que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea puedan acceder a los empleos públicos en condiciones de igualdad respecto de los nacionales españoles, salvo en aquellos puestos que impliquen directa o indirectamente una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas. En este punto, el Estatuto establece que serán los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas correspondientes las que determinarán los cuerpos de funcionarios a que no pueden acceder los nacionales de otros Estados.

#### **Código de Conducta de los empleados públicos (Capítulo VI del Título III)**

El Capítulo VI del Título III del Estatuto regula lo que se ha denominado el «código de conducta de los empleados públicos», que viene a ser una sistematización de las obligaciones y principios de actuación con los que debe cumplir todo empleado público. Tal y como establece el Estatuto «*los principios y reglas establecidas en este Capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos*».

Se incluye en este «código de conducta» el necesario respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, con especial referencia a la necesidad de evitar toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, sexo o religión, entre otras circunstancias.

De otro lado, se recogen las obligaciones de servicio objetivo y eficaz de los empleados públicos, que no deben interferir sin justa causa en la agilización de

la tramitación de los expedientes administrativos ni aceptar ningún trato de favor o circunstancia que implique privilegio o ventaja injustificada por parte de personas físicas o entidades privadas; se recogen, además, el deber de sigilo y los deberes de atención diligente y respetuosa para con los ciudadanos.

DANIEL I. RIPLEY (\*)

### **LA SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 2007 DE LA SECCIÓN 28.ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID ESTIMA CONFORMES A DERECHO LAS CLÁUSULAS DE FACTURACIÓN POR TRAMOS EN LA TELEFONÍA MÓVIL**

#### **Introducción**

Hace escasas fechas entró en vigor la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que añade una nueva cláusula 7 bis a la Disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios («LGDCU») para considerar abusivas «*las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los productos o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva*».

Al hilo de la nueva regulación legal, parece oportuno destacar los pronunciamientos que se contienen en la muy reciente sentencia de 22 de marzo de 2007 dictada por la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada exclusivamente en materia mercantil y que analiza —por primera vez en nuestro marco jurisdiccional— la posible nulidad de las cláusulas de facturación por tramos (redondeo) en la telefonía móvil.

La sentencia trae causa del procedimiento judicial instado por la Organización de Consumidores y Usuarios («OCU») en septiembre del año 2005 frente a las tres principales operadoras de telefonía móvil de nuestro mercado, en ejercicio la acción de cesación contra las cláusulas de facturación por tramos propias del servicio de telefonía móvil (cobro del primer minuto de comunicación por entero y los siguientes por tramos de 30 segundos). La primera instancia del procedimiento finalizó con sentencia íntegramente estimatoria de la demanda que,

(\*) Del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Barcelona).